غاية البيان نادرة الزمان

٤

قوام الاتقاني

ن

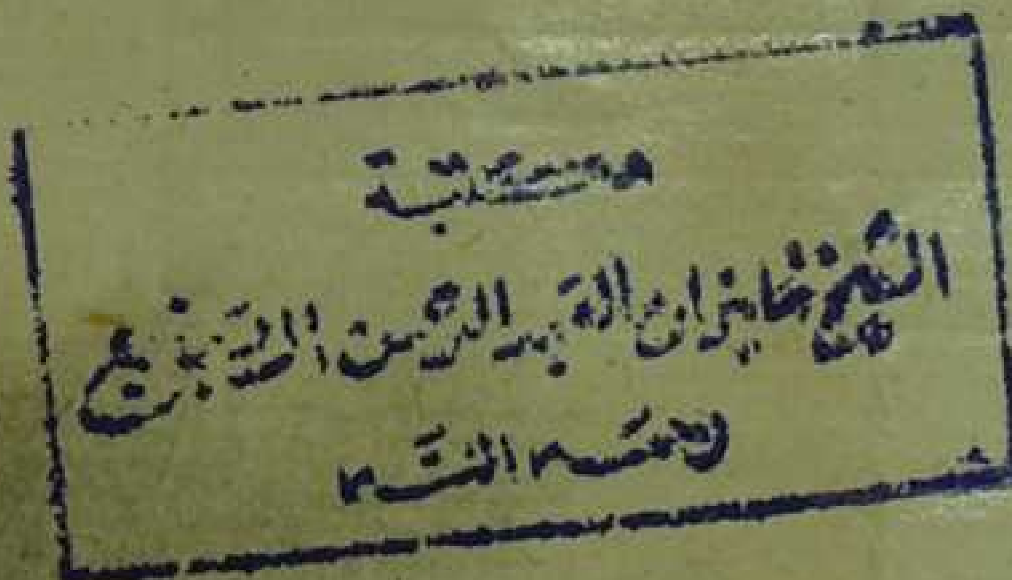
الرقم ٨٤٠

الجمدة ٨ مجلدات

ثانية الديباج

الجزء الرابع من غاية البيان

الرابع



بسم الله الرحمن الرحيم

باب اليمين في الاكل والشرب قد ذكرنا ان الانسان يحتاج اولا الى موضع يسكن
فيه ويستوطنه ثم يتوارد ساير الحوائج واول ذلك في حالة البقاء الاكل والشرب فشرع
في بيانهما قال ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها اي قال القدوري في مختصره
اعلم ان الاكل ايصال ما يتاتى فيه المضغ والهشم الى الجوف كالماء والنبيذ واللبن والعسل
الممزوج والذوق معرفة طعم الشيء بالفم سواء وجد الابتلاع اولا فكل اكل ذوق
وليس كل ذوق اكلا ثم اعلم انه اذا اكل عين النخلة لا يحنث وان نواها كذا في الفتاوى
الولوالجي وانما وقعت اليمين في ثمرة النخلة دون عينها لان الحقيقة مهجورة بدلالة
محل الكلام فاريد المجاز بطريق اطلاق الاسم السبب على المسبب صونا للكلام
العاقل عن الالغاء فيحنث باكل الطلع والجمار والدبس الذي يسيل من الثمرة ولا
يحنث بالخل المصنوع والنبيذ والناطف الذي يعمل من ثمرها وذلك لان كلمة من
للابتداء فما يخرج من النخلة على وجه لا يتبدل دخل في يمينه وما خرج من حد الابتداء
لحدوث صنعة جديدة لا يدخل وليس هذا كما اذا حلف لا ياكل من هذا العنب فاكل
من زبيبه او عصيره لا يحنث لان حقيقة العنب ليست بمهجورة فلا يراد المجاز وهو
ما تولد من العنب قيل اذا كانت النخلة بحيث لا يكون منها ثمر اصلا يقع اليمين على ثمنها
كذلك نقل عن الامام العلامة حميد الدين الضرير وكذا اذا حلف ان لا ياكل من هذا الكرم
فهو على ما يخرج منه وهو حصرمه وعنبه وزبيبه

وزبيبه ودبسه قوله اي عصيره ولو اكل من خل من ذلك
لم يذكره محمد في الجامع الكبير قال العتابي في شرح الجامع الكبير
ينبغي ان لا يحنث لانه لا يخرج من النخل والكرم وكذلك
وذكر الفقيه ابو الليث انه يحنث قال في المجمل الدبس عصارة
الرطب قوله فهو على ثمرها بالنقط الثلاث من فوق لا
بنقطتين فافهم قوله لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل
فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه الضمير
في منه في لانه يرجع الى ما في الاول ما لا يؤكل وهو عبارة
عن النخلة وفي له يرجع الى ما في ما يخرج وكذلك الضمير في عنه
راجع الى ما في ما يخرج يعني ان النخلة لما كانت مسببا لما يخرج
منها صلح اطلاقها على ما يخرج منها مجازا بطريق اسم السبب على المسبب
قوله وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث
وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان اليمين اذا
تعلقت باسم يبقى ببقاء ذلك الاسم ويزول بزواله قال في الجامع
الكبير لو حلف لا ياكل من هذا العنب او من هذا الرطب او من هذه الشاة
او البقرة او سمنها لم يحنث وكذا لو حلف لا ياكل من هذا اللبن فاكل من شيرازه
او زبده لان ما عقد عليه اليمين عين ماكول فلم ينصرف الى ما يتخذ منه
تحقيقه ان العنب او الرطب اسم للعين المشتمل على ما في العين من
الماء واللحم والقشر فبالجفاف زال الماء فيكون كلا بعض الشيء فلا يحنث كما اذا
اذا حلف لا ياكل هذا الرغيف فاكل بعضه لا يحنث وكلمة من وان كانت
تقتضي التبعيض الا انها تقتضي اكل بعض العنب المشار اليه الذي يسمى
عنبا وكذا في الرطب المشار اليه بعد ما صار تمرا وهذا بخلاف ما اذا قال
لا تكلم هذا الشاب حيث يحنث اذا كلمه بعد ما شاخ لان الغاية
هو الوصف لا الشخص فبقي كل المحلوف عليه وفرق اخر وهو ان الانسان
قد يمتنع عن اكل العنب والرطب لرطوبة فيهما يصير باكلهما فيقصد ان



بالمنع فتعلقت اليمين بهما بخلاف الصبي والشاب فانهما لا يقصدان
بالمنع لان هجرانهما مهجور شرعا فكان الذات هو المقصود بالحلف
دون الصفة بخلاف مسئلة الوصية في الزيادات فانه اذا اوصى بهذا
الرطب فصار تمرا ثم مات لم تبطل الوصية لان بعض الموصى به ذات
وفوات بعض الموصى به لا يوجب بطلان الوصية في البقية
وفيما نحن فيه تناول بعض المحلوف عليه لا يحنث لا يشكل
على هذا مسئلة الزيادات ايضا فانه اذا اوصى بعنب ثم صار
زبيبا ثم مات الموصي بطلت الوصية والفرق ان الرطب
والتمر صنف واحد كقلة التفاوت بينهما بخلاف العنب والزبيب
تبدل وهلاك الا ترى ان من غصب عنبا فجعله زبيبا
انقطع حق المالك لوجود التبدل مضافا الى صنع الغاصب و
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا حلف لا ياكل من
هذا الرطب او من هذا العنب فاكله بعد ان صار تمرا او زبيبا
لا يحنث في يمينه وفي قول ابن ابي ليلى يحنث لانه اشار اليه فلا
تعتبر لتغيره ووجه قولنا مر والشيراز هو اللبن الرائب اي
الخاثر اذا استخرج ماؤه **قوله** ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكله
بعد ما صار كبشا حنث وهذه مسئلة الاصل ذكرها بسبيل
التفريع ايضاحا الفرق بينها وبين مسئلة البسر والرطب فانه
اذا حلف لا ياكل من هذا البسر فاكله بعد ما صار رطبا لا يحنث وكذا
اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب فاكله بعد ان صار تمرا لا يحنث
لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين فتتقيد
اليمين بهما بخلاف لحم الحمل فان الممتنع منه اشد امتناعا من لحم
الكبش فلم يتقيد اليمين بلحم الحمل **قوله** ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل
رطبا لم يحنث وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الرطب
ليس ببسر فلم ياكل بعد ما انعقد عليه اليمين **قوله** ومن حلف لا ياكل

رطبا

رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث
في الرطب يعني البسر المذنب ولا في البسر الرطب المذنب ومعنى قوله
رطبا او بسرا اي قال احدهما حال الحلف ومعنى قوله لا ياكل
رطبا ولا بسرا اي قال كليهما اعلم ان هذه المسئلة من مسايل
جامع الصغير المعادة وهنا اربع مسايل في اثنين منها
اتفاقا وفي الاخريين اختلاف ذكره في كتاب الايمان ولم
يذكره في الجامع الصغير انه اذا حلف وقال لا اكل بسرا فاكل
بسرا مذنبا يحنث في قولهم جميعا ولو قال لا اكل رطبا فاكل رطبا
فيه شيء من البسر فان في قول ابي حنيفة يحنث وفي قول ابي يوسف
لا يحنث كذا نص على الخلاف الحاكم الشهيد في الكافي وكذلك
ذكر شمس الايمة البيهقي في الشامل في شرح المبسوط قول محمد مع قول
ابي حنيفة وذكر الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام البزدوي في
شرح الجامع الصغير والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
وصاحب المختلف وصاحب المنظومة والشيخ ابو نصر
البغدادي الا ان صدر الشهيد والعتابي ذكرا قول محمد
مع ابي يوسف وصاحب الهداية تبعهما والاصح هو الاول
وجه قول ابي يوسف ان البسر المذنب لا يسمى رطبا لان الرطب
فيه مغلوب فلا يحنث بالبسر المذنب اذا حلف ان لا ياكل بسرا
الا ترى انه لا يحنث بالبسر هكذا ووجه قولهما ان البسر المذنب
ما في ذنبه قليل رطب فيكون اكله اكل الرطب لانه جمع بين المحلوف
عليه وغيره والمحلوف عليه ليس بمستهلك بغيره فيكون حانثا و
هذا اذا ميز يستحق اسم الرطب لا محالة لان الناظر يقول هذا رطب
وكذا الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر فيكون اكله اكل البسر
لانه جمع بينهما فصار كما اذا ميز بينهما تحقيقه ان الاكل يقع وقف
كل جزء مقصود لانه عبارة عن المضغ والابتلاع فلا يتبع القليل

الكثير لان كل واحد منهما مقصود بخلاف البسر فانه لا يحنث بالمذنب
لان البسر يضاف الى المجموع جملة فصار القليل تابعا للكثير ولهذا اذا
حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث
لما قلنا الا ترى الى ما نص الحاكم الشهيد في الكافي اذا حلف لا
ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث فان حلف
على البسر لم يحنث والكباسة بكسر الكاف العذق وهو العنقود القنا
ايضا ويقال العود العذق هو عود الكباسة العرجون والاهان
كذا ذكر ابو عبيد في غريب المصنف قوله لما قلنا اشارة الى ان البسر
يضاف الجملة والاكل يضاف اليه شيئا شيئا قوله ولو حلف لا
ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث وهذه من
مسايل الجامع الصغير المعادة التي فيها فايدة وجه ذكر القياس
وجه القياس قوله تعالى ومن كل تاكلون لحما طريا والمراد منه لحم السمك
بالنقل قال في شرح الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه قال
يحنث ووجه الاستحسان ان المطلق يجري على اطلاقه ولحم
السمك مقيد فلا يكون مرادا بالمطلق الا انه يقال في العرف ما اكلت
اللحم اليوم وان كان اكل لحم السمك ولهذا اذا امر المولى عبده ليشتري
اللحم لا يفهم منه شرا لحم السمك عرفا ومبنى الايمان على العرف
لا على لفظ القران ولهذا اذا حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا
يحنث وان كان سمي في القران دابة ولو حلف لا يجلس على وتد
لا يحنث وان كان قال الله تعالى والجبال اوتادا ولان لحم السمك قاصر
في اللحمية لان اللحم يدل على القوة في اللغة تولده بان يكون ناشيا
من الدم ولا دم للسمك ولهذا حل من غير ذكاة فلا يكون مرادا
باطلاق لفظ اللحم كالمكاتب لا يتناوله لفظ المملوك والنباش
لا يتناوله لفظ السارق وهذا كله اذا لم ينو به لنا ما قال الحاكم
الشهيد في الكافي وان حلف لا ياكل لحما ولا نية له فاكل سمكا طريا

يجلس على الجبل م

اوماالكا

او ما لكا لم يحنث الا ان يعنيه قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
ذكر ان رجلا سال سفيان الثوري عن هذه المسألة فقال له سفيان
يحنث في يمينه لان الله تعالى قال لتاكلوا منه لحما طريا فسماه لحما فذهب
الرجل الى ابي حنيفة فقال لا يحنث واخبره الرجل بما قال سفيان فقال
له ابو حنيفة اذهب اليه واساله عمن حلف لا يجلس على البساط فجلس
على الارض فذهب الرجل فساله عن ذلك فقال له سفيان لا يحنث
فقال له اليس الله تعالى قال والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان
كانك السايل الذي سالني امس فقال نعم فقال سفيان لا يحنث في هذا
ولا في الاول فرجع عن ذلك القول قوله فان اكل لحم خنزير او لحم انسان
حنث وذلك لانه لحم حقيقة الا انه حرام والحرام لا يمنع انعقاد اليمين
الا ترى انه لو حلف لا يشرب شرابا فشرب الخمر حنث فان قلت قد قلت
قبل هذا ان الايمان مبنية على العرف ولا يسبق افهام الناس من لفظ
اللحم الى لحم الخنزير والانسان فينبغي ان لا يحنث قلت لنا ان الناظر لو
نظر الى لحم الخنزير او الانسان سماه لحما على الاطلاق بخلاف لحم
السمك فانه لا يسمى لحما على الاطلاق فظهر الفرق على انا نقول قال الامام
العتابي في شرح الجامع الصغير في لحم الخنزير والادمي قيل الحالف
اذا كان مسلما ينبغي ان لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان
على العرف قال وهو الصحيح قوله وكذا اذا اكل كبدا او كرشا يعني اذا حلف
من لا ياكل لحما فاكل كبدا او كرشا يحنث وذلك لانه لحم حقيقة لان منشاه
الدم قال في خلاصة الفتاوى ولو اكل شيئا من البطون كالكبد والطحال
يحنث هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث قوله ولو حلف لا ياكل
او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث
في شحم الظهر ايضا وهو لحم السمين وهذه من مسايل جامع الصغير المعادة
وجه قولهما ان شحم الظهر شحم عادة وحقيقة فيحنث باكله لانه يذوب بالنار
كشحم البطن فعلم انه ليس بلحم لان اللحم لا يذوب ومما وقع في خاطري في

هذا المقام ان شحم الظهر لا يخلو اما ان يكون الية او شحما او لحما فليس بالية
لانه قابل له وليس بلحم لانه لا يذوب دون اللحم وايضا يقال لم شحم الظهر
لا لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث اكله واما حقيقة فلان الله تعالى سماه شحما
وقال الله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما
وجه الاستدلال انه تعالى استثنى ما حملت الظهور من الشحم فيكون شحم
الظهر شحما لان الاصل في الاستثناء هو المتصل وهو ان يكون المستثنى
من جنس المستثنى منه فمن ادعى المنقطع فعليه البيان وجه قول ابي حنيفة
ان شحم الظهر يسمى لحما في العادة ويستعمل استعماله حتى يباع مع اللحم ورقته
يسمى رقة اللحم فلم يكن شحما مطلقا فلا يحنث اكله كما اذا حلف لا ياكل لحما
فاكل لحم السمك ولهذا لو حلف لا ياكل لحما فاكل السمين الذي على الظهر يحنث
والمسئلة منصوصة في الكافي للحاكم ولا يعتبر شحما مع اعتباره لحما فعلى
هذا يكون الاستثناء منقطعا لا متصلا لقوله تعالى فانهم عدو لي الا رب
العالمين قال صاحب المختلف تكلموا في تفسير شحم الظهر قال بعضهم هو
اللحم السمين الذي على الظهر وقال بعضهم هو شحم الكلية الذي هو متصل
بالظهر ثم قال وقول ابي حنيفة على التفسير الاول اظهر قوله ويحصل به قوته
اي يحصل بشحم الظهر قوة اللحم يعني يفيد شحم الظهر ما يفيد اللحم من القوة قوله
ولو حلف لا يشتري شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث يعني حلف لا
يشتري لحما او حلف لا يشتري شحما او حلف لا ياكل لحما او حلف لا ياكل شحما
لا يحنث بشراء الالية او اكلها لان الالية غير الشحم واللحم اسما وعادة
قوله ومن حلف لا ياكل هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها
لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان اكل من خبزها يحنث ايضا وهذه
من مسائل جامع الصغير المعادة التي فيها فائدة وهي قوله ايضا لانه لم يذكر
في الاصل وفيه اشارة الى انه اذا قضمها حنث بالاتفاق كذا في شرح الطحاوي
وهذه اذا لم ينو الحب بعينه فاذا نواه لا يحنث باكل الخبز عندهما ايضا و
عليه نص الحاكم الشهيد في الكافي قال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرح كتاب

الايمان

الايمان انما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على حنطة
بغير عينها ينبغي ان يكون الجواب على قول ابي حنيفة كالجواب عندهما فاما
اذا نوى الحب بعينه لا يحنث باكل الخبز بالاتفاق لانه نوى حقيقة
كلامه فلا يراد المجاز والاصل في المسئلة ان الكلام اذا كان حقيقة
مستعملة ومجاز متعارف فعند ابي حنيفة العمل بالحقيقة المستعملة
اولى وعندهما العمل بعموم المجاز اولى وقد بيناه في كتابنا الموسوم
بالتبيين ان اكل الحنطة يراد به في العرف ما حوته الحنطة وما يتخذ
منها فيحنث كما اذا اكلها غيرها او خبزها عملا بعموم المجاز كما اذا حلف
لا يضع قدميه في دار فلان يحنث اذا دخلها حافيا او راكبا ولابي حنيفة
ان اكل الحنطة عينها غليا او قليا مستعمل وهو حقيقة الكلام والحقيقة
احق بان يراد اسبقها على المجاز فلا يراد المجاز بعد ذلك حتى لا يلزم
والمجاز
الجمع بين الحقيقة الا ترى انه اذا حلف لا ياكل من هذه الشاة
لم يحنث باكل لبنها وسمنها وكذا اذا حلف لا ياكل من هذه العنب
لم يحنث باكل عصيره او زبيبه لان الحقيقة مستعملة وكذا هنا
والاكل العض باطراف الاسنان وهو من باب فعل يفعل بكسر العين
في الماضي وفتحها في المستقبل قوله هو الصحيح احتراز عن رواية اخرى
عنهما وهي انه اذا اكل عين الحنطة لا يحنث والاصل ان يحنث
عندهما لا اشارة الجامع الصغير وقد مر بيانها قوله ولو حلف
لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه لا يحنث وان استفه حنث
كذا في شرح الاقطع لنا ان حقيقة الكلام مهجورة عادة لانه لا ياكل
الدقيق كما هو فتعين المجاز مرادا وهو ما يتخذ منه كما اذا حلف لا
ياكل من هذه النخلة حملت اليمين على ما يتولد منها فكذا هنا وهذا اذا
لم ينو عين الدقيق فان نواه لا يحنث باكل الخبز وبه صرح في الشامل
في قسم المبسوط قوله ولو استفه كما هو لم يحنث هو الصحيح احتراز
عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا اذا اكل عين الدقيق يحنث لا

يتناول ما عقد يمينه عليه والصحيح انه لا يحنث لانه اريد به المجاز فتنتفي
الحقيقة لا محالة قال في الفتاوى الولوالجي وان اكل عين الدقيق اختلف
المشايخ فيه اكثرهم قالوا انه لا يحنث لانه حقيقة الجورة فقال سيف الدوا
يسفه سفا واستفه استفافا اذا اكله **قوله** ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه
على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وهذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان مبنى الايمان على العرف فاذا كان خبز الشعير او الذرة
معتادا عند طايفة يقع الحنث به عندهم والا فلا الا اذا نوى قال الحاكم
الشهيد فان اكل جوزينجا لم يحنث الا ان يكون نواه **قوله** ولو اكل من خبز
القطايف او خبز الارز بالعراق لم يحنث وهذا ايضا لفظ القدوري
وذلك لان الخبز على الاطلاق لا يتناوله عندهم فلا يقع اليمين اسم ٤٢
عليه حتى لو كان في بلد خبزهم ذلك يحنث كما في طبرستان وطبرستان
اسم امل واعمالها معرب من تبرستان لان اهلها يحاربون بالفارس
هكذا قال بعضهم ولنا فيه نظر قال القبتي في كتاب ادب الكتاب في
باب ما يغير من اسماء البلاد طبرستان بالفارسية معناه اخذ
الفاس كانه لاشتباكه لم يوصل اليه حتى قطع شجره وهذا احسن به **قوله**
فلو حلف لا ياكل الشوا فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر وهذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لان الشوا عبارة عما ينضج في النار
بلا ماء وذلك موجود في اللحم وغيره الا ان في العرف لما اريد به اللحم وقعت
يمينه عليه خاصة الا اذا نوى غيره من الباذنجان المشوي والبيض
المشوي وغير ذلك فيحنث به لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد
عليه **قوله** وان لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا لفظ القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية وهذا استحسان وقال صاحب الشامل
والطبيخ على اللحم خاصة استحسان ما ينوي غيره بيانه ان لفظ العام
اذا لم يكن اجزاؤه على العموم يراد به اخص الخصوص وهنا لا يمكن
اجزاؤه على العموم لان المطبوخ من الدواء المسهل ايضا طبيخ لكنه

لا يراد

لا يراد ذلك من اسم الطبيخ عرفا لا يقال لمن اكل الباقلا المطبوخ
اكل الطبيخ فان كان طبيخا في الحقيقة فلما كان كذلك يحمل على المطبوخ
باللحم الذي هو خاص متعارف الا اذا نوى غير ذلك فيصدق فيه
لانه نوى حقيقة كلامه وان اكل من مرق اللحم يحنث ايضا لانه يقال
في العرف اكل الطبيخ وان لم ياكل اللحم **قوله** ومن حلف لا ياكل الرؤس فيمينه
على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر هذا لفظ القدوري في
مختصره وقال في الجامع الصغير فمن حلف لا يشتري راسا
انه يقع على راس البقر والغنم وقال ابو يوسف ومحمد على راس الغنم
خاصة قال فخر الاسلام والقياس ان يقع على كل راس حتى راس
السمك لعمومه وفي الاستحسان يقع نحوه على المتعارف فهذا
اختلاف عصر وزمان لا اختلاف وبرهان وقد كان في زمن ابي حنيفة
يباع في الاسواق رؤس الغنم والبقر فانتهى بوقوع اليمين على رؤسها
على ما كتبت في عرف بلده وكان في زمنهما لا يباع في السوق الا راس
الغنم خاصة قال صاحب المختلف اجمعوا على انه لا يقع على راس الجزور
لعدم العرف الا رواية ابي حنيفة ولا على رؤس الطير الا ان ينويها
وفي زمننا يفتى على اعتبار العادة كما ذكر في مختصر القدوري ومعنى
قوله يكبس في التنانير اي يدخل في قولهم كبس الرجل راسه في جيب
قميصه اذا ادخله كذا في المغرب ويقال كبس اي بالنون على صيغة
المبني للفاعل من كبس الظبي في الكناس اي دخل فيه والاول اصح
قوله واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثا او
خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد حنث في العنب والرطب والمشمش
والرمان ايضا وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة اعلم انه اذا
حلف لا ياكل فاكهة فاكل تينا او مشمشا او خوخا او سفرجلا او اجاصا
او كمثرى او تفاحا او جوزا او لوزا او عنابا يحنث بالاجماع سواء كان

رطبا او يابسا ولو اكل قثا او خيارا او جزرا لا يحنث لانهما من البقول
وهذا يودم معهما والبطيخ من الفواكه ذكره القدوري ويابس البطيخ
لا يعد فاكهة كذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قال في
خلاصة الفتاوى ذكر شمس الايمة الحلواني ان البطيخ ليس
من الفواكه ولو اكل عنبا او رمانا او رطبا لا يحنث عند ابي حنيفة
خلافا لصاحبيه والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به اي يتنعم
ويتلذذ زيادة على ما يقع به قوام البدن بهما اي هذه الاشيا
الثلاثة يتنعم بها فوق ما يتنعم بسائر الفواكه فيحنث باكلها وجه
قول ابي حنيفة ان المطلق لا يتناول المقيد بالاتفاق التقييد
في الشي لاحد المعنيين اما القصور فيه او زيادة وهذه الاشيا الثلاثة
لزيادة معنى فيها وهو ان يكون صالحا للغذا او للدوا اخرجت على
الاطلاق الاسم الا ترى ان الرطب والعنب يصلح غذاء ودواء
الرمان دواء صالح خصوصا للكبد يؤيده قوله تعالى فانبتنا فيها حبا وعنبا
وقضبا وزيتونا ونخلا وحدايق غلبا وفاكهة وابا وقوله تعالى فيها فاكهة
ونخل ورمان بيانه ان الله تعالى عطف الفاكهة على العنب والنخل في الاية
الاولى وعطف النخل والرمان على الفاكهة في الاية الاخرى والعطف
يقتضي المغايرة **فان قلت** لا نسلم ان العطف يقتضي المغايرة الا ترى
الى قوله تعالى واذ اخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح وابراهيم
فلو كان العطف يقتضي المغايرة لم يكن المعطوفون من جملة الانبيا وقال
الله تعالى من كان عدوا لله وملايكته وكتبه ورسله وجبريل وميكائيل
وانما العطف في الاثنين لبيان فضيلة المعطوف لا للمغايرة **قلت**
تفضيل الانبيا والملايكة بعضهم على بعض انما يعرف بالخبر فاحتاج الى
التخصيص بالذكر بخلاف ما نحن فيه فان فضل هذه الاشيا على ساير
الفواكه عرف بالحس والمشاهدة فلا حاجة الى الخبر اذ ليس الخبر كالمعاينة
فتعين فايدة العطف للمغايرة قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير

ان الرجل

الرجل من خراسان لو حلف بالفارسية لا ياكل الفاكهة ينبغي ان يحنث
في هذه الاشيا كما قال ابو يوسف ومحمد وقال في خلاصة الفتاوى
فالحاصل ان العبرة للعرف فكل ما يوكل على سبيل التفكه ويعد
فاكهة في العرف يدخل في اليمين وما لا فلا **قوله** وهذا المعنى اي التفكه **قوله**
بها اي بالعنب والرطب والرمان مما يتغدى بها كما في العنب والرطب
او يتداوى بها كما في الرمان واحسنه **قوله** كان اليابس منها من التوابل
كما في الرمان ومن الاقوات كما في يابس العنب والرطب التابل بالتاء
المنقوطة بنقطتين فوقانيتين قبل الالف وباء المنقوطة بعد
الالف بنقطة تحتانية بفتحها وكسرها هو الابزار وجمعه توابل **قوله**
ولو حلف لا ياتدم فكل شي اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح
ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ما يوكل مع الخبز غالبا ادام
وهو رواية عن ابي يوسف وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة اعلم انه اذا
حلف لا ياكل اداما فاكل خلا او زيتا او لبنا او ما شابه ذلك مما يصطبغ به
الخبز حنث وان اكل لحما او بيضا او جبنا لا يحنث عند ابي حنيفة وهو قول
ابي يوسف في ظاهر الرواية وعند محمد يحنث وهو رواية عن ابي يوسف ذكره في
الاحالة قال صدر الشهيد في شرح الجامع الصغير اما العنب والبطيخ فقد
ذكر بعض المتاخرين في شرح هذا الكتاب انه على هذا الخلاف ولم يذكر غيره و
ذكر شمس الايمة السرخسي في شرح مختصر الكافي انه لا يكون اداما بالاجماع ثم
قال وهو الصحيح وقال في شرح الطحاوي الفاكهة ليست بادام بالاجماع
وجه قول محمد قوله عليه الصلاة والسلام سيد ادام اهل الجنة اللحم ولان الادام
اسم لما يطيب به الخبز ماخوذ من المؤادمة وهي الموافقة واللحم والبيض والجبن
يوافق الخبز فيكون اداما ولان مبنى الايمان على العرف والناس يستعملون هذه
الاشيا استعمال الادام ووجه قولهما ان حقيقة الموافقة بان يصير الشي واحدا
بالامتزاج بالاقتران بالخبز لا بان يكون مجاورا له فاذا ثبتت الحقيقة بطل
المجاز قال في الفتاوى الولوالجي قال يرد في الماء لا يحنث لانه لا يسمى اداما

وقال في المغرب الصبغ ما يصبغ به ومنه الصبغ والصباغ من الادام لان الخبز
يغمس فيه ويلون به كالخل والزيت ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ
بالخل قوله واذا حلف لا يتغدى فالغدا الخبز الاكل من طلوع الفجر الى
الظهر والعشا من صلاة الظهر الى نصف الليل وهذه من مسايل القدوري وفيه
تسامح لان الغدا عبارة عن طعام يوكل في العشا بكسر العين ولا يجوز ان
يسمى الطعام اكلا وهذا ظاهر ويجوز ان يقال بالغدا التغدي وبالعشا
التعشي مجازا باطلاق اسم السبب على المسبب اعلم ان التغدي عبارة عن
اكل مترادف يقصد به الشبع وهذا لا يحنث في يمينه لا يتغدى حتى ياكل
اكثر من نصف شبعه لانه لا يقال انه تغدى اذا اكل لقمة ووقته من
طلوع الفجر الى الزوال والعبرة فيما يتغدى به على عادة ذلك الموضع حتى
يعتبر الارز غدا بطبرستان واللبن لاهل البوادي والتمر ببغداد كمن
حلف لا يدخل بيتا فهو على المدر للبلدي وعلى بيت الشعر للبدوي وكذا
الحكم في التعشي حتى يشترط ان يكون اكثر من نصف شبعه قال الاسبيجابي
في شرح الطحاوي ومن حلف لا يتغدى فانه يقع على الغدا المعروف فان كان
الرجل كوفيا يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يقع على اللبن والسويق فان
كان الرجل بدويا يقع على اللبن والسويق وان كان حجازيا يقع على السويق واما
في بلادنا فيقع على الخبز الحنطة ووقت الغدا من وقت طلوع الشمس الى وقت
الزوال ووقت العشا من بعد الزوال الى ان يمضي اكثر الليل ووقت السحور من
بعد ان يمضي اكثر الليل الى طلوع الفجر هذا في عرفهم واما في عرفنا فوقت العشا من
بعد صلاة العصر الى هنا لفظه وانما كان وقت الغدا من طلوع الفجر الى
زوال الشمس لان الغدوة للصبح لاول النهار وما قبل الزوال اول النهار فكان
وقت الغدا ذلك وقال عليه الصلاة والسلام لعرباض ابن سارية تعال الى
الغدا المبارك وهو يسمي السحور غدا لقربه من الغداة وهو الى وقت الزوال
لقوله تعالى وظلالهم بالغدو والاصال فقبل الغدا الى وقت الزوال والاصال بعد
وانما كان وقت العشا من زوال الشمس الى ان يمضي اكثر الليل لما روى عن ابي

هريرة

هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى احدى صلاتي العشي الظهر والعصر
سلم في ركعتين فسمى صلاة الظهر صلاة العشي وانما كان الى ان يمضي اكثر الليل
لان بعد مضيه الاكثر يكون السحور ومعلوم في الغداة الفرق بين العشا
ووقت السحر قوله لان ما بعد الزوال يسمى عشا بكسر العين بيانه الى ما بعد
الزوال لما كان عشا كان طعام الذي يوكل في ذلك الوقت عشا ولا يجوز
ان يقال عشا بفتح العين لانه يلزم تعليل الشي بنفسه وذاك فاسد
لانه قال والعشا من صلاة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى
عشا فلو فتح العين في الموضعين يلزم ما قلنا بان يقال العشا بفتح العين
هذا لان وقت العشا بفتح العين وذلك مصادرة لا محالة فافهم قوله فلهذا
يسمى الظهر احدى صلاتي العشا في الحديث واراد بصلاتي العشي الظهر والعصر
وكذا في السنن قوله والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر وهذا بيان
وقت السحور وحقيقته ما يوكل بالسحر والسحور بفتح السين قوله ويطلق
على ما يقرب منه اي يطلق السحور على ما يقرب من السحر وانما قال هذا لان
السحر هو الثلث الاخير الليل الى طلوع الفجر وما بعد نصف الليل قريب
منه لا محالة والسحر ماخوذ من السحر فانطلق اسم السحور على ما بعد نصف
الليل لانه قريب من الثلث الاخير قوله ويشترط ان يكون اكثر من نصف
الشبع اي ان يكون الغدا او العشا او السحور قوله وان قال ان لبست
او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضا
وغيره وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة والاصل هنا ان النية
لتعيين بعض محتملات اللفظ والاصل الآخر ان الثابت الضرورة يتقدر
بقدر الضرورة ويكون عدما فيما ورا محل الضرورة فبعد ذلك نقول
اذا نوى ثوبا دون ثوب او طعاما دون طعام او شرابا دون شراب لا
يصح نيته وكذا اذا قال ان ركبت ونوى به دابة دون دابة لا تصح نيته
وعلى هذا مسئلة الجامع الكبير اذا حلف لا اغتسل في هذه الدار الليلة
ثم قال عنيت به من الجنابة او حلف لا يغتسل وقال عنيت به فلانا او

حلف لا يتزوج وقال عنيت به فلانة او امراة من نسا الكوفة ففي هذه الوجوه
كلها لا يصح نيته لا قضاء ولا ديانة لان النية تعيين بعض محتملات
اللفظ والثوب او الطعام او الشراب او الدابة او الجناية او فلان
او فلانة او امراة ليس بملفوظ فلا يصح منه ولان ثبوت هذه الاشيا
بسبيل الاقتضا ثابت ضرورة فلا حاجة الى اثبات العموم وما لا عموم فيه
لا يثبت تخصيصه قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع روى عن ابي يو
في النوادر ان نيته صح ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى وبهذه الرواية
اخذ الخصاف في كتاب الحيل بخلاف ما اذا قال ان لبست ثوبا او قال ان اكلت
طعاما او قال ان شربت شرابا او قال ان ركبت دابة او قال ان اغتسلت
صلاة او قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار عن الجنابة فقال ان اغتسلت
فعبدي حر فهو عن الجنابة لانه جواب فيتقيد بالسؤال ولو قال ان اغتسلت
الليلة في هذه الدار ولم يقل في هذه الدار فهو على اغتسال قضاء لانه زاد على
حرف الجواب فيكون مبتدا ولكن مع هذا يصدق ديانة لانه يحتمل انه اراد
به الجواب **فان قلت** اذا قال ان خرجت ونوى السفر تصح نيته وكذا اذا قال
ان ساكنت فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد تصح نيته مع ان السفر
والبيت الواحد لا يدل عليه اللفظ فكيف صحت منه **قلت** لا نسلم انه لا يدل
عليه اللفظ وهذا لان السفر احد نوعي الخروج لان الخروج اما مديد او قصير
فالمديد هو السفر فكان اللفظ دالا عليه فصحت نيته بخلاف ما اذا نوى
مكانا بعينه كبغداد مثلا حيث لا يصح نيته لان المكان يدل على اللفظ لغة
وانما ثبت اقتضاء وكذا المساكنة في بيت واحد احد نوعي المساكنة تام
وقاصر فالتام ان يسكنا في بيت واحد والقاصر ان يسكنا في دار واحدة
فصحت نيته لدلالة اللفظ بخلاف ما اذا نوى المساكنة في مكان بعينه
حيث لا تصح نيته لانه لا دلالة عليه في اللفظ **قوله** فمن حلف لا يشرب من
دجلة فشرب منها بانا لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة وقالا اذا
شرب بانا حنث وهذه مسلة القدوري والاصل ان الكلام اذا كان

له

له حقيقة مهجورة ومجاز مستعمل فالمجاز اولى وان كانا مستعملين
على السوا فالحقيقة اولى وان كان المجاز اكثر استعمالا من الحقيقة
فعند ابي حنيفة الحقيقة اولى وعندهما المجاز اولى فعند ذلك نقول
الشرب من دجلة حقيقة هو الكرع لا الشرب بالانا فيصرف يمينه
الى الحقيقة اولى ولهذا قال الذي يشرب بالانا شربت من الانا لا من
دجلة كان مصدقا واذا قال شربت من دجلة لا من الانا كان مكذبا
فدل ان الشرب من دجلة هو الشرب كرعا وهذه الحقيقة مستعملة فيما بين
كثير من الناس كاهل الرساتيق يويده ما ورد عن صاحب الشرع صلى
الله عليه وسلم انه اتى قوما فقال هل عندكم ما بات في شن والا كرعنا
ولهذا اذا حلف لا يشرب من هذا الكوز فجعل ماءه في الكف فشرب لا يحنث
فان قلت لا يجوز ان يكون المضاف محذوفا على ان يكون تقدير قوله
لا يشرب من دجلة اي من ماء دجلة ولو يتكلم بلفظ الماء كان يحنث
بالاغتراف والكرع كيف ما حصل الشرب فينبغي ان يكون هنا كذلك
قلت لا يصح ذلك لانه لو كان فيه مضمرا كان ينبغي ان يحنث اذا شرب
من نهر ياخذ من دجلة فان الماء اذا كان مذكورا يحنث نص عليه محمد في
الجامع الكبير وفي قوله لا يشرب من دجلة لا يحنث اذا شرب من نهر
ياخذ منها فدل ان تقديره الماء ليس بمستقيم ووجه قولهما ان المتعارف
المفهوم بين الناس من الشرب من دجلة هو الشرب من ما حوته
دجلة وهو المجاز فيعمل بعموم المجاز فيحنث كيف ما يشرب كما اذا حلف
لا يضع قدمه في دار فلان يحنث في يمينه اذا دخلها راكبا او ماشيا او
حافيا او متنعلا لعموم المجاز وهو الدخول فكذا هذا فصار كما اذا حلف
لا يشرب من هذه البير فشرب ماءها بانا يحنث وجوابه ان الكرع في
البير ليس بممكن فانصرف الى المجاز بخلاف ما نحن فيه فان الكرع
ممكن مستعمل ثم هل يحنث بالكرع عندهما قال الامام العتابي في شرح
الجامع قال بعضهم لا يحنث كيلا يكون جمعا بين الحقيقة والمجاز و

قال بعضهم يحنث وهو الصحيح لعموم المجاز وليس هو جمع بين الحقيقة
والمجاز هذا اذا لم يكن له نية فاذا نوى الكرع فعندهما لا يحنث
بالمجاز ديانة ولا قضاء لانه نوى حقيقة كلامه وان نوى الغرف
فعنده صدق ديانة لانه يحتمله ولا يصدق قضاء لانه خلاف
الحقيقة ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فان كان ملآن انصرف
الى الكرع عنده لتصور الحقيقة وان لم يكن ملآنا انصرف الى المجاز
لامتناع الحقيقة كذا نقل الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع
من الشيخ ابي القسم الصفار ولو عنى بقوله لا يشرب من دجلة ما
دجلة هل تصح ام لا قال الشيخ ابو المعين من مشايخنا من قال لا
يصح نيته لان الماء ثابت مقتضى فلا يظهر في حق قبول النية ومنهم
من قال لا تصح نيته لانه نوى اضمارا لما واليه ذهب الشيخ ابو بكر
الاعمش ولئن كلمة من للتبعيض اعلم ان كلمة من لابتداء الغاية
واليه ذهب المبرد ومن تبعه وكونها متبعضة او مبينة او زائدة
راجع الى ذلك وقد عرف في المفصل وغيره وعند غير المبرد لابتداء
الغاية ولغيره من المعاني على سبيل الاشتراك ثم قول صاحب الهداية
ان كلمة من للتبعيض ان كان يريد منه وضع للتبعيض وحده فهذا
لم يقل به احد من الائمة اللغة وان كان يريد انه قد يستعمل للتبعيض
فمن اين يلزم انه هنا للتبعيض وقد صرح الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع انه هنا لابتداء الغاية وحقق الكلام فيه وقال اذا دخلت
من على اسم وامكن تحصيل معنى الفعل المتقدم عليه في ذلك الاسم
يجعل للتبعيض كما في قوله تعالى اكلت من طعام فلان واخذت من ماله
لان المال محل الاخذ والطعام محل الاكل وان لم يمكن تحصيل معنى الفعل المتقدم
عليه في ذلك الاسم يجعل لابتداء الغاية كما تقول شربت من مطلع الشمس
الى سعر بهار مشيت مع زيد من باب الامير الى باب القاضي وهنا
لا يمكن تحصيل معنى الشرب في النهر اذ هو اسم لما بين حافتي الوادي

دون

١٠

دون الماء الجاري فيه فاذا كانت لابتداء الغاية ينبغي ان يكون الشرب
من هذا المكان وان يكون الشرب منه الا ان يضع فاه عليه فيشرب
منه كما في الكوز يقال كرع في الماء اذا تناوله بفمه من موضعه
وحقيقته في الكرع وهي مستعملة اي حقيقة التبعيض حاصله في الكرع
والحقيقة مستعملة لا مهجورة فيكون اولى من المجاز المتعارف ولهذا
يحنث بالكرع اجماعا فيه نظر لانه اختلف المشايخ في الكرع عندهما وقد
مر قبل هذا وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء
حنث هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه عقد اليمين على
ماء دجلة لا على نهر دجلة والنسبة لا ينقطع بالاناء وهذا يقال
ماء دجلة اذا كان في الجب والحوض وكذا لو شرب من ياخذ من
دجلة يحنث هذا قولهم جميعا وروي عن ابي يوسف انه اذا حلف
لا يشرب من ماء دجلة فشرب من نهر ياخذ منها لا يحنث لان الماء
صار مضافا الى نهر اخر فانقطعت النسبة ووجه الظاهر ان نسبة
الماء الى دجلة لم ينقطع بالدخول في نهر انشعب منها كما لا ينقطع
بالاغتراف بالانية وبالاستقاء والاستسقاء بالراوية الا ترى
الى ماء زمزم ينقل الى ساير البلاد ويقال هذا ماء زمزم وهو
الشرط اي شرط الحنث في الشرب كون الماء منسوبا الى دجلة والماء في
الاناء منسوب اليها فكان الشرط قايما وان قال ان لم اشرب
الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث
فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وهذا من مسايل
الجامع الصغير المعادة وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى
يعني اذا قال والله لاشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم وليس
في الكوز ماء او كان فيه فاهريق قبل الليل لم يحنث عندهما وقال ابو يوسف
حنث فيهما اذا مضى اليوم والاصل هنا ان تصور البر شرط لانعقاد

اليمين فكان شرطا لبقايها وعند ابى يوسف ليس بشرط له انما الشرط ان
يكون على امر فى المستقبل له ان اليمين تنعقد على ما يتصور عادة فى الحلف
على صعود السما وتقلب الحجر ذهبا فتنعقد على ما يتصور حقيقة ايضا ولهما
ان المقصود من اليمين البر فاذا فات البر يجب الكفارة خلفا عنه ثم
اذا لم يتصور البر لا تنعقد اليمين لفوات المقصود ولا حنث بدون
انعقاد اليمين فلا يجب الكفارة بلا حنث تحقيقه ان اليمين لا يوجب
الكفارة لذاتها ولهذا لا يوجب الكفارة فى اللغو والغموس مع انهما يمينان
وانما يجب الكفارة بالحنث فكل يمين استحال فيه البر استحال فيها الحنث
فلما استحال شرب ما لم يكن فى الكوز استحال البر فلما استحال البر استحال الحنث
لان الترك انما يكون فيما يصح وجوده وهذا يحتاج الى وجوده وههنا
يحتاج الى الفرق بين هذه المسلة حيث لا تنعقد اليمين عندهما سوا
علم او لم يعلم وبين مسلة الجامع الكبير وهى ما اذا حلف ليقتلن فلانا
وهو ميت ان علم بموته تنعقد اليمين وان لم يعلم لا تنعقد والفرق انه
اذا لم يعلم الموت عقد يمينه على الحيوة القايمة فلم تنعقد اليمين لانعدام
المحل كما فى مسلة الكوز واذا كان عالما بموته فقد عقد يمينه على تفويت
حيوة يعيدها الله تعالى وذلك متصور كما فى قوله تعالى فاماته الله تعالى
مائة عام ثم بعثه الحياة المحدثة يكون محلا لذلك الشخص المحلوف عليه
فتنعقد اليمين ثم يحنث من ساعته لوقوع العجز عادة كما فى تحويل
الحجر ذهبا بخلاف الكوز فانه اضاف يمينه الى الذى فيه للحال وليس فيه
الا الذى يحدثه الله تعالى فاذا احدثه الله تعالى فيه ما كان ذلك الما
لا محالة فلم يكن محل اليمين متصورا فلم تنعقد اليمين بهذا بخلاف
ما اذا اورد ابو يوسف من النظر فانه متصور فى الجملة بان يكون وليا
وكرامة الاوليا حق بخلاف تصور انعقاد اليمين لكن وجبت الكفارة
لوقوع العجز عادة هذا اذا كانت يمين موقتة بذكر اليوم فاذا كانت
مطلقة عن ذكر اليوم ففى الوجه الاول وهو ما اذا قال ان لم اشرب الما

الذى

الذى فى هذا الكوز فامراته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث عندهما كما اذا
ذكر اليوم لعدم تصور البر وعند ابى يوسف يحنث فى الحال عندنا فيما اذا
ذكر اليوم حيث يحنث عنده اذا مضى اليوم والفرق انه اذا ذكر اليوم
كان غرضه التوسعة على نفسه حيث يختار الفعل فى اى وقت
شاء ما لم يمض ذلك لا يتحقق ترك الفعل لان الفعل يتعين عليه
فى اخر اخر الوقت المقدر فاذا فات الجزء الاخير ولم يفعل يحنث
ح بخلاف ما اذا اطلق يمينه عن ذكر اليوم حيث يحنث عنده
اذا مضى اليوم والفرق انه اذا ذكر اليوم كان غرضه التوسعة على
نفسه حتى يختار الفعل فى اى وقت شاء فمن لم يمض ذلك لا يتحقق
ترك الفعل لان الفعل يتعين عليه فى اخر اخر الوقت المقدر فاذا
فات الجزء الاخير ولم يفعل يحنث ح بخلاف ما اذا اطلق يمينه عن
ذكر اليوم حيث يجب عليه البر كما فرغ لانه لم يرد التوسعة فلما عجز
عن البر وجب عليه الكفارة فى الحال وفى الوجه الثانى وهو ما اذا قال
ان لم اشرب الما الذى فى هذا الكوز فامرته طالق وان كان فى الكوز ما
فاهريق حنث فى قولهم جميعا وهما يحتاجان الى الفرق لانه لا يحنث
عندهما اذا ذكر اليوم فاهريق قبل الليل واذا لم يذكر اليوم فاهريق
يحنث والفرق ان الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه فى الجزء الاخير
وعند ذلك المحلوف عليه فايت فبطل اليمين فلا يحنث لهذا كما لو
عقد يمينه فى هذه الحالة اعنى فى الجزء الاخير من الوقت حيث لا
ينعقد يمينه بخلاف ما اذا لم يذكر اليوم فان البر يجب عليه فى الحال
فاذا فات المحلوف عليه كما اذا عقده ابتداء الضمير المنصوب
راجع الى اليمين وتذكيره على تاويل الحلف ومن حلف ليصعدن الى
السما او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها
وهذا لفظ القدورى فى مختصره وعند زفر لا ينعقد يمينه لانه
محال عادة فصار كالمحال حقيقة كما فى الحالف على شرب ما الكوز ليس فيه ما

ولنا ان شرط انعقاد اليمين تصور البر وصعود السما متصور الا ترى
ان الانبياء صعدوا وكذا الملائكة يصعدون وقد قال الله تعالى انا لمسنا
السماء فوجدناها ملئت حرسا فلما كان متصورا انعقدت اليمين و
هذا لان ما كان محالا في نفسه لا يكون له وجود اصلا فلما تحقق ذلك في
حق الانبيا والملائكة علم انه ليس بمحال في نفسه بل هو متصور وكذا
تقلب الحجر ذهبا متصور لانه يجوز ان يقع ذلك لبعض الاوليا كرامة لهم
وكرامة الاوليا حق بخلاف العادة عندنا الا انه لما كان عاجزا عن
العادة حنث في الحال كما فرغ عن اليمين وانما وجب الحنث في الحال لان
البر ليس له زمان ينتقل بخلاف ما قاس عليه زفر فان شرب ماء الكوز
ليس مما لا يتصور فظهر الفرق ثم اعلم ان المحرر جعل الباب بباب ثم
الاكل والشرب ثم ذكر في الباب مسئلة صعود السماء وتقلب الحجر ذهبا لانه
شرط ان ذكر انعقاد اليمين التصور فجر الكلام الى ذكر هذه المسئلة لان
البر فيها متصور **باب اليمين في الكلام** لما ذكر الاكل والشرب من قبل
باعتبار انهما من اهم ما يحتاج اليه الانسان في حالة البقاء ذكر بعده الكلام لانه
لا بد منه في وجوده وقدمه على ساير انواع الكلام بين اليمين في العتق والطلاق
والبيع والشرا واليمين في الحج والصوم والصلاة لان الجنس مقدم على النوع
قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث وهذه
مسئلة القدوري وذلك لانه يعد مكلما للنائم عرفا فيحنث وان لم يستيقظ
لانه اوصل الكلام الى سمعه لكن النوم كان مانعا من الفهم فصار كما اذا كلمه
وهو غافل لم يفهم كلامه وفي بعض الروايات المبسوط شرط الايقاظ لانه
قال حلف لا يكلم فلانا فكان نائما فايقظه حنث وهذا لانه كلمه فلم يستيقظ
كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع فيكون هاذيا لا متكلما مناديا
فلا يحنث في يمينه قال في التحفة ولو كان نائما فناداه اي ايقظه حنث في
يمينه لانه اسمعه كلامه وان لم يوقظه يحنث وهو الصحيح لان الانسان
لا يعد مكلما للنائم اذا لم يستيقظ بكلامه كما لا يعد متكلما مع الغايب

قوله

قوله ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث
وهذا لفظ القدوري في مختصره قال شرح الاقطع هذا هو المشهور
من قولهم وعن ابي يوسف انه لا يحنث وبه قال الشافعي لان الاذن
يتم بالحالف فلا يحتاج الى علم غيره كما اذا حلف لا يكلمه الا برضاه
فرضي ولم يعلم المحلوف عليه فكلمه لا يحنث لان الرضى يتم بالمرضي
فلا حاجة الى علم الغير لكن ههنا وجه الظاهر ان الاذن ماخوذ
من الاعلام منه قوله تعالى واذان من الله ورسوله فاذا لم يوجد العلم
لا يتحقق الاذن لعدم الاعلام بخلاف الرضا فانه يتحقق بدون
العلم ونقل في تتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى من ايمان
النوازل حلف لا تخرج امراته الا باذنه فاذن لها من حيث لا تسمع
لا يكون ذلك اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر هذا
اذن قال نصير ابن يحيى كتبت الى البلخي اساله عما يختار في هذه المسئلة
فكتب الي ان الاختلاف فيه في هذه المسئلة وهو اذن اجماعا انما
الاختلاف فيمن يقول لا تخرج الا بامري لان الاذن لا يكون
اذنا بدون السماع اما الامر فلا يكون امرا بدون السماع قال نصير
الا ان ابا سليمان ذكر الاختلاف في الاذن وهكذا ذكر القدوري
في اتمامه **فان قلت** لا نسلم ان الاذن لا يتحقق بدون العلم الا ترى
ان الرواية مسطورة في تتمة الفتاوى الصغرى اذا اذن المولى
لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا هذا اثر
الصحة لانه صار ماذونا مطلقا حتى انه لو حجر عليه وهو لا يعلم
يصح ايضا لان مثل هذا لكن اثر صحة الحجر انه اذا علم بعد الحجر با
لاذن لا يصير ماذونا **قلت** هذا سؤال صدر عن تفكر الا ترى
انه قال اذا علم يصير ماذونا فعلم ان الاذن لا يصح بدون العلم
الا ترى الى ما قال صاحب الشامل في قسم المبسوط اذن لعبده
فلم يعلم العبد ولا احد من الناس فتصرف ثم علم باذنه لم يجز تصرفه

ولنا ان شرط انعقاد اليمين تصور البر وصعود السما متصور الا ترى
ان الانبياء صعدوا وكذا الملائكة يصعدون وقد قال الله تعالى وانا لمسنا
السماء فوجدناها ملئت حرسا فلما كان متصورا انعقدت اليمين و
هذا لان ما كان محالا في نفسه لا يكون له وجود اصلا فلما تحقق ذلك في
حق الانبيا والملائكة علم انه ليس بمحال في نفسه بل هو متصور وكذا
تقلب الحجر ذهبا متصور لانه يجوز ان يقع ذلك لبعض الاوليا كرامة لهم
وكرامة الاوليا حق بخلاف العادة حق عندنا الا انه لما كان عاجزا على
العادة حنث في الحال كما فرغ عن اليمين وانما وجب الحنث في الحال لان
البر ليس له زمان يتعلق بخلاف ما قاس عليه زفر فان شرب ما في الكوز
ليس مما لا يتصور فظهر الفرق ثم اعلم ان المصنف جعل الباب بباب
الاكل والشرب ثم ذكر في الباب مسئلة صعود السما وتقلب الحجر ذهبا لانه
شرط ان ذكر انعقاد اليمين المتصور فجر الكلام الى ذكر هذه المسئلة لان
البر فيها متصور **باب اليمين في الكلام** لما ذكر الاكل والشرب من قبل
باعتبار انهما من اهم ما يحتاج اليه الانسان في حالة البقا ذكر بعده الكلام لانه
لا بد منه وقدمه على ساير انواع الكلام بين اليمين في العتق والطلاق
والبيع والشرا واليمين والحج والصوم والصلاة لان الجنس مقدم على النوع
قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث وهذه
مسئلة القدوري وذلك لانه يعد مكلما للنائم عرفا فيحنث وان لم يستيقظ
لانه اوصل الكلام الى سمعه لكن النوم كان مانعا من الفهم فصار كما اذا كلمه
وهو غافل لم يفهم كلامه وفي بعض الروايات المبسوط شرط الايقاظ لانه
قال حلف لا يكلم فلانا فكلمه نائما فايقظه حنث وهذا لانه كلمه ولم يستيقظ
كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع فيكون هاذيا لا متكلما مناديا
فلا يحنث في يمينه قال في التحفة ولو كان نائما فناداه اي ايقظه حنث في
يمينه لانه اسمعه كلامه وان لم يوقظه لم يحنث وهو الصحيح لان الانسان
لا يعد مكلما للنائم اذا لم يستيقظ بكلامه كما لا يعد متكلما مع الغايب

قوله

قوله ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث
وهذا لفظ القدوري في مختصره قال شرح الاقطع هذا هو المشهور
من قولهم وعن ابي يوسف انه لا يحنث وبه قال الشافعي لان الاذن
يتم بالحالف فلا يحتاج الى علم غيره كما اذا حلف لا يكلمه الا برضاه
فرضي ولم يعلم المحلوف عليه فكلمه لا يحنث لان الرضى يتم بالرضى
فلا حاجة الى علم الغير لكن هنا وجه الظاهر ان الاذن ماخوذ
من الاعلام منه قوله تعالى واذان من الله ورسوله فاذا لم يوجد العلم
لا يتحقق الاذن لعدم الاعلام بخلاف الرضا فانه يتحقق بدون
العلم ونقل في تتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى من ايمان
النوازل حلف لا تخرج امراته الا باذنه فاذن لها من حيث لا تسمع
لا يكون ذلك اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر هذا
اذن قال نصير ابن يحيى كتبت الى البلخي اساله عما يختار في هذه المسئلة
فكتب الي ان الاختلاف فيه في هذه المسئلة وهو اذن اجماعا انما
الاختلاف فيمن يقول لا تخرجي الا باذني لان الاذن لا يكون
اذنا بدون السماع اما الامر فلا يكون امرا بدون السماع قال نصير
الا ان ابا سليمان ذكر الاختلاف في الاذن وهكذا ذكر القدوري
في اتمامه **فان قلت** لا نسلم ان الاذن لا يتحقق بدون العلم الا ترى
ان الرواية مسطورة في تتمة الفتاوى الصغرى اذا اذن المولى
لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا هذا اثر
الصحة لانه صار ماذونا مطلقا حتى انه لو حجر عليه وهو لا يعلم
يصح ايضا لان مثل هذا لكن اثر صحة الحجر انه اذا علم بعد الحجر با
لاذن لا يصير ماذونا **قلت** هذا سوال صدر لا عن تفكر الا ترى
انه قال اذا علم يصير ماذونا فعلم ان الاذن لا يصح بدون العلم
الا ترى الى ما قال صاحب الشامل في قسم المبسوط اذن لعبده
فلم يعلم العبد ولا احد من الناس فتصرف ثم علم باذنه لم يجز تصرفه

لان الاذان لا يعتبر بدون العلم لانه ماخوذ من الاذان وهو الاعلام
ذكره في المأذون الكبير قوله ما راشاري الى قوله لان الاذان مشتق من
الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن قوله وان حلف لا
يكلمه شهرا فهو من حين حلف وهذه من خواص الجامع الصغير ومعنى
قوله من حين حلف اي اعتبار الشهر من زمان الحلف وذلك لان ذكر
المدة لاخراج ما وراءها لانه لو لم يذكرها لتابدت اليمين فكان
ذلك المدة لاخراج ما وراء المدة لا لاثباتها وانما كانت تتابد لان
النكرة اذا وقعت في موضع النفي عمت فاذا اخرج ما وراء المدة بقي
الشهر متصلا بالايجاب بحكم اصل الايجاب لا بحكم اسم الشهر لان الشهر
ذكر منكرا لا يتناول المعين او يقول انما بقي متصلا بالايجاب بحكم
اصل الايجاب لا بحكم اسم الشهر لان الشهر ذكر منكرا فلا يتناول المعين
او يقول انما بقي متصلا بالايجاب بدلالة دلالة الحالف لان الحامل على
هذه اليمين الغيظ الذي لحقه في الحال فكانه اراده ان لا يكلم من
هذا الحال بخلاف ما اذا نذر ان يعتكف شهرا او يصوم شهرا فانه كان
يتناول ادنى ما يطلق عليه اسم الاعتكاف والصوم في الشرع فكان
ذكر المدة لمدة الحكم اليها واسم النكرة لا يتناول المعين فله ان
يعين اي شهر شاء مطلقا متتابعا او متفرقا هذا في الصوم اما في الاعتكاف
فانه يعين اي شهر شاء ويلزمه التتابع لان التتابع فيه اصل ليلا
ونهارا الا اذا قال في الشهر دون الليالي فح له ان يفرق بخلاف الصوم
فان التفريق فيه اصل لانه يوجد في الشهر خاصة الا اذا قال متتابعا فيلزمه
التتابع وقد عرف في الجامع ونظير المسئلة الاولى ما اذا اجر داره
شهرا كان المراد منه الشهر الذي يلي العقد لانه لو لم يذكر الشهر ينصرف
العقد الى الابد لكنه يكون فاسدا فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه
فبقي الشهر متصلا بالايجاب قوله فبقي الذي يلي يمينه داخلا اي بقي
الشهر الذي يلي يمينه داخلا في الايجاب قوله به اي بالشهر قوله فالتعيين

اليه

الشهر
اليه اي ولان التعيين الى الحالف قوله ولو حلف لا يتكلم فقرا القران
في صلاته لم يحنث فان قراه في غير صلاته حنث وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة قال في شرح الاقطع هذا استحسان والقياس
ان يحنث في الصلاة وغيرها وجه القياس وهو قول الشافعي ان
الكلام اسم لحروف منظومة تحتها معاني مفهومة فيكون قارئ القران
متكلما لا محالة فيحنث وكذا التسبيح والتهليل وجه الاستحسان ان
القران او التسبيح او التهليل وان كان كلاما بحقيقته لكنه ليس بمراد
من اليمين لانه اذا وجد في الصلاة لا يسمى كلاما عرفا وشرعا اما الاول
فلان الانسان لا يحلف على ترك الكلام كي يترك الصلاة فعلم ان
الموجود في الصلاة لا يسمى كلاما عرفا واما الثاني فلانه عليه الصلاة والسلام
قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها من كلام الناس ولقايل ان يقول
القران ليس بكلام الناس فلا يصلح الاحتجاج بالحديث فينبغي ان يحنث
وان وجد في الصلاة قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا
في عادة اهل العراق واما في بلادنا اذا حلف الرجل ان لا يتكلم فقرا القران
ينبغي ان لا يحنث سواء قرا في الصلاة او في غير الصلاة واليه ذهب صدر
الشهيد والعتابي فان الانسان يقول ما تكلم اليوم وانما قرا القران
وسبح وهذا احسن قوله ولو قال اليوم لا اكلم فلانا فامراته طالق
فهو على الليل والنهار وهذه من مسائل الجامع الصغير ولفظه فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال يوم اكلمك فامراتي طالق ثلاثا
قال هذا على النهار والليل الا ان ينوي النهار دين في القضاء ولو قال
ليلة اكلمك فامراتي طالق ثلاثا قال هذا على الليل خاصة اعلم ان اليوم
قد يذكر ويراد به بياض النهار كما في قوله تعالى من يوم الجمعة وقد يذكر
ويراد به مطلق الوقت كما في قوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره اي ح
والضابطة ان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد به مطلق الوقت لان
الفعل اذا لم يكن ممتدا يكفي مطلق الوقت ولا حاجة الى وقت ممتد

محمد

فاذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار لان الفعل الممتد يحتاج الى
زمان مديد فبعد ذلك يقول الكلام مما لا يمتد لانه عرض كما يوجد
بلا شيء والكلام الثاني ليس بمثل للاول لتوقفه الى خبر فلا يعتبر باقيا
بحد الامتثال فيكون المراد من اليوم مطلق الوقت ليلا كان او نهارا
فيحنث في يمينه اذا وجد الكلام مطلقا كان عنى باليوم النهار وهو زمان
ممتد من طلوع الفجر الصادق الى غروب الشمس يصدق قضاء لانه يحتمل كلامه
بخلاف ما اذا قال ليلة الكلم حنث لا يجوز ارادة النهار اصلا كما لا يجوز
ارادة الليل من النهار لان بينهما مضادة فلا يراد باحد الضدين الاخر
وقد مر التحقيق في كتاب الطلاق الى زمان وفي كتابنا الموسوم بالتبيين
في شرح الاخشيكثي قوله لانه خلاف المتعارف او لان كون النهار مرادا من
يوم قرن بفعل لا يمتد خلاف المعروف في العرف قوله ولو قال ان كلمت
فلانا الا ان يقدم فلانا او قال حتى يقدم فلانا او الا ان ياذن فلانا او حتى
ياذن فلانا فامراته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد
القدوم والاذن لا يحنث وهذه من مسايل الجامع الصغير والاصل هنا
وكلمة حتى للغاية كقوله تعالى حتى مطلع الفجر وكذا قوله الا ان للغاية اما كون حتى
للغاية فظاهر لانها حرف جار فحقيقة موضعه لانتهاء الغاية واما الا ان
فالتحقيق فيه ان يقال الا ان الا للاستثناء ولا شك ان المستثنى منه
ينتهي بوجود حرف الاستثناء والمستثنى فجعل الا للغاية فيها لوجود معنى
الغاية فيها متحققه قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم
الا ان تقطع قلوبهم اي الى ان تقطع قلوبهم يعني الى وقت تقطع قلوبهم
وهو حالة الموت ثم نقول الى كان ما بعد حتى والا ان غاية لما قبلها فاذا كلمه
فلانا بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه كلمه بعد انتهاء اليمين فاذا كلمه
او قبل القدوم والاذن يحنث لان شرط الحنث وجد حال بقاء اليمين اما
اذا مات فلانا قبل ان يوجد الغاية يسقط اليمين لانه منع نفسه عن
الكلام الى ان يوجد الاذن والقدوم من فلان فبعد موت فلان لا يتصور

اذنه وقدومه فيبقى اليمين لان شرط الحنث واليمين تصور البر عندهما
وقال ابو يوسف يبقى اليمين مؤبده بعد سقوط الغاية حتى اذا كلم فلانا
المحلوف عليه لا يحنث لان التصور ليس بشرط عنده على ما مر قبل هذا الكتاب
فان قلت لا نسلم ان البر لا يتصور هنا لان الله تعالى قادر على اعادة الحياة
بعد موته فيتصور ان يقدم او ياذن بعد ذلك قوله نعم لان الله تعالى قادر
على اعادة الحيوة ولكن اليمين وقعت على الاذن والقدوم من فلان في
حياته القايمة لا في حياته المعادة بعد موته ولا شك ان ذلك الاذن
والقدوم في الحيوة الغاية لا يتصور بعد الموت لان الاذن والقدوم
الحياة القايمة غيرهما في الحياة المعادة ولهذا قلنا اذا قال لاقتلن
فلانا وقد كان فلان مات ولم يعلم الحالف بموته لا يحنث لان اليمين
وقعت على الحياة الدايمة وقد مر ذلك فافهم فقد غلط ههنا
بعض الشارحين قوله فمعنى سقوط الغاية وهي الاذن او القدوم يسقط
ان يموت فلان قوله ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة
فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امراته او عادى صديقه
فكلمهم لم يحنث وهذه من مسايل الجامع الصغير اعلم ان المستثنى
في الكلام مضافا فلا يخلو اما ان كان مضافا اضافة ملك او اضافة نسبة
او كان مشارا اليه مع ذلك اما في الاضافة الملك كما اذا قال والله لا
يكلم عبد فلان او قال لا البس ثوب فلان او قال لا اكل طعام فلان فيعتبر
الملك يوم الحنث حتى لو زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث لان شرط الحنث
وجود الفعل في عين مملوك لفلان ولم يوجد فلو استحدث الملك في
هذه الاشياء بان اشتراها فلان ثم فعل الحالف يحنث لوجود شرط الحنث
وكذلك الحنث في الدار الا رواية عن ابي يوسف انه قال في الدار المستحدث لها
انه لا يحنث لو دخل فيها لانه يشترط الملك فيها وقت اليمين والحنث جميعا
لا يستحدث في العادات كل وقت وجوابه ان العادة مختلفة ومتعارفة
كما في الجواري والعبيد فلم يحنث بالعادة المتعارفة وعن ابي يوسف في الثوب

اذا قال دار فلان فعلى هذا الخلاف واذا قال دارا لفلان فقوله كقولهما كذا قال فخر
الاسلام وان وجدت الاشارة في هذه الصورة بان قال والله لا اكلم عبد فلان
هذا او لا ادخل دار فلان هذه او لا البس ثوب فلان هذا فاذا زال الملك ثم
وجد الفعل لا يحنث عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وجه قوله ان النسبة
لا يعتبر مع وجود الاشارة اذا لم يكن للنسبة فايدة غير التعريف ويجوز ان
تكون الفايدة كون الحامل على اليمين هو البغض من هذه المالك او نقول ترجح
الاشارة انما يكون عند التعارض ولا نسلم التعارض لان الاشارة للتعريف
والنسبة لهجران المالك فيعتبر الامران ونقل في الاجناس عن الزيادات رواية عن
هشام ان هشاما اخبر عن محمد انه رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث وفي الجامع
عن ابي يوسف رواية عن ابي صالح يحنث في قوله فلان هذه واما في اضافة النسبة دار
كما اذا قال والله لا اكلم زوجة فلان او زوج فلانة او صديق فلان فاذا
زالت النسبة بان تطلب الزوجية او الصداقة ثم كلم لم يحنث في قول ابي حنيفة
ويحنث في قول محمد وذكر قول ابي حنيفة في الجامع الصغير وقول محمد في الزيادات
لان النسبة لما كانت للتعريف كانت الاشارة عند عدمهما فلم يشترط دوامها
ولابي حنيفة ان الانسان قد تعادى لنفسه وقد يعادي لصديقه او زوجته
فاذا كان كذلك احتمل ان المقصود المضاف او المضاف اليه فلم يحنث بالشك فان
لم يكن له زوجة ولا صديق ثم استحدث الصديق او الزوجة ثم كلم لم يذكره
في الجامع الصغير قالوا على قياس ابي حنيفة يحنث واما محمد فقد قال في
الزيادات لا يحنث قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير يحتمل ان يكون
قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة وان وجدت الاشارة مع ذلك بان
قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية و
الصداقة ثم كلم يحنث في قولهم لان ذكر النسبة للتعريف كالاشارة فكانت
الاشارة اولى قوله ولم يوجد اي ولم يوجد الفعل الواقع في محل مضاف الى
فلان لزوال الملك والنسبة قوله هذه في اضافة الملك بالاتفاق اي
عدم الحنث قوله فلا يشترط دوامها اي دوام الاضافة وهي اضافة الصديق

فلان واضافة المراة الى الزوج بل يحنث عند محمد بعد زوال الصداقة
والزوجية كما اذا كان المضاف مشارا اليه بان قال هذا او هذه قوله
وجه ما ذكر هاهنا وهو عدم الحنث بعد زوال الملك والنسبة و
هاهنا اشارة الى قولهم فكلهم لم يحنث غرضه اي غرض الحالف
هجرانه اي هجران المضاف قوله ولهذا لم يعينه اي ولاجل ان غرض
الحالف هجران المضاف لاجل المضاف اليه لم يعين المضاف اليه
حيث لم يقل صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه ولو كان غرضه
هجران المضاف لاجل المضاف اليه بعينه قوله فهو على الخلاف اي عند
محمد يحنث في الدار المشار اليها اذا بيعت ثم وجد الدخول كما في العبد
المشار اليه اذا بيع ثم كلمه وعندهما لا يحنث وسقوط منزلته وانما
يهجر ان لمعنى في صاحبهما فاذا زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث بخلاف
المراة والصديق فانهما يصلحان للمعادات بكيف وقد اشار اليهما
فيحنث بعد زوال الزوجية والصداقة قوله والاشارة ابلغ منها
فيه اي من الاضافة في التعريف وهذا لان الاشارة تقطع الشركة
بمنزلة وضع اليد على المشار اليه بخلاف الاضافة اليها لانها لا
تقطع الشركة لانه لا يجوز ان يكون لفلان دارا اخرى وعبد اخر وصديق
اخر وزوجة اخرى قوله فاعتبرت اي الاشارة قوله وصار كالصديق
والمراة اي صار العبد المشار اليه كالصديق والمراة المشار اليها عند
محمد وزفر قوله والداعي لمعنى في المضاف غير ظاهر لعدم التعيين اي
الداعي الى اليمين لمعنى في المضاف اليه وهو فلان غير ظاهر في الصديق
المضاف المشار اليه والمراة المضافة المشار اليها لان المضاف
اليه لا يتعين مرادا لان المضاف صالح للمعاداة بخلاف اضافة الملك
حيث لا يحنث بعد زوال الملك لان الداعي الى اليمين معنى في المضاف
اليه وهو معتبر مرادا فظهر الفرق بين الاضافتين في صورة
الاشارة وهو معنى قوله بخلاف ما تقدم ثم قال في شرح الطحاوي

ثم عند محمد اذا قال عنيت الكلام معه وهو في ملك يصدق فيما بينه
وبين الله تعالى دون القضا لانه نوى ما يسره وعندهما اذا قال نويت
الكلام معه دون الملك يصدق في القضا لانه نوى ما يحتمله فيشدد على
نفسه قوله وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث
وهذه من مسايل الجامع الصغير ايضا وذلك لان الاضافة الصاحب
الى الطيلسان ليست الا للتعريف لان الطيلسان لا يعادى فصار
كانه قال لا يكلم هذا بالاشارة الى الصاحب قوله ومن حلف لا يكلم هذا الشاب
فكلمه وقد صار شيخا حنث وهذه من مسايل القدوري وذلك لان الصفة
في الحاضر لغو وفي الغايب معتبرة الا اذا كانت الصفة داعية فانها لا تكون
لغوا كلا اكل هذا البسر فاكله بعد ما صار رطبا لا يحنث الى اليمين فحينئذ
يعتبر وتقيد اليمين بتلك الصفة كما اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل بعد
ما صار رطبا او حلف لا ياكل رطبا فاكل بعد ما صار تمرا لا يحنث لتقييد
اليمين بصفة البسورة او الرطوبة لان تلك الصفة داعية الى اليمين
وهنا صفة الشباب لم تعتبر داعية لان هجران الصغار مهجور شرعا
لقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا فلو اعتبرت الصفة داعية
يلزم الهجران المهجور شرعا فلا يجوز ذلك وقوله وهذه الصفة ليست
بداعية الى اليمين جواب سوال مقدر قد اندرج بيانه فيما قلنا قوله على
ما مر من قبل اي في اول باب اليمين في الاكل والشرب قوله انما ذكر بلفظ
الفصل دون الباب لما ان مسايله كالتبع لما قبله لان الحلف على منع
الكلام في الحين والزمان وما شابه ذلك نوع من انواع اليمين في
الكلام قوله ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو
على ستة اشهر وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع
قال الشافعي اذا حلف على النفي فيمينه على ساعة واحدة وان حلف
على الاثبات فيفعل ذلك في اخر عمره جاز وذكر في الجامع الصغير
رجل حلف ليصومن حينا او زمانا فهو على ستة اشهر اعلم ان الحين

هو الزمان

هو الزمان قليله وكثيره كذا في المجمل وغيره وقال الزجاج في تفسيره جميع
ما شاهدنا من اهل اللغة يذهب الى ان الحين اسم كالوقت يصلح لجميع
الازمان كلها طالت او قصرت ثم قال والدليل على ان الحين بمنزلة الوقت
قول النابغة وانشده الاصمعي في صفة الحية والملدوغ تناذرها
الراقون من سوء سمها تطلقه حينا وحينا تراجع فالمعنى ان السم يخف
الم وقتا ويعود وقتا وتناذرها اي انذر بعضهم بعضا ثم اعلم ان الحين
جاء بمعنى الوقت القصير كما في قوله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين
تصبحون وقوله تعالى وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ويقال حينئذ في
كلام العرب على معنى الوقت المطلق وجاء بمعنى الوقت المديد كما قال
الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر قال اهل التفسير اي
اربعون سنة وجاء بمعنى ستة اشهر وهو الوسط قال الله تعالى تؤتي
اكلها كل حين اي كل ستة اشهر من وقت الطلع الى وقت الرطب ستة
اشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلوع ستة اشهر ومعناه اي ينتفع
بها في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة وروي عن ابن عباس ان الحين
ستة اشهر ثم نقول لما كان استعمال الحين جايزا في الوقت القصير والمديد
والوسط فان كان له نية تقع على ما نوى من اوقات الثلاثة لانه محتمل
كلامه وان لم يكن المراد به الوسط وهو ستة اشهر لانه لا يجوز ان يراد به وقت
القصير وهو ساعة واحدة لانه لا حاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام
لانه يوجد الامتناع في زمان قصير بلا يمين ولا يجوز ان يراد به الوقت المديد
لانه لو كان مراده ذلك لم يذكر الحين لانه يتابد يمينه والاربعون
في معنى الابد لان من اراد ذلك يقول ابدا وهو المتعارف فتعين الوسط
وكذا الكلام في الزمان لانه بمعنى الحين في اللغة يقال لم ار فلانا منذ حين
ومنذ زمان ثم لم يفرق في الحين والزمان بين المعرف والمنكر والاعتماد فيه
على اللغة ثم تتعين ستة اشهر في قوله لا يكلمه حينا او زمانا من حين
حلف بخلاف قوله لاصومن حينا او زمانا حيث لا يتعين بل له ان يعين

اى ستة اشهر منكرًا الفرق يعني في هذا الباب عند قوله * وان حلف لا يكلمه
شهرا قوله وهذا هو الوسط اى المذكور وهو ستة اشهر هو الوسط قوله فتعين
ما ذكره وهو الوسط وهو ستة اشهر قوله فهو على ما نواه اى من زمان اليسير
والمديد والوسط قوله قال وكذلك الدهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو حنيفة
الدهر لا ادرى ما هو اى قال القدوري في مختصره كذا الدهر عندهما يعني
انه يقع على ستة اشهر وقال ابو حنيفة لا ادرى ما الدهر اى لا ادرى كيف
هو في حكم التقدير فان كانت له نية فهو على ما نوى وان لم يكن له نية قال ابو حنيفة
لا ادرى ما الدهر قال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي المشهور من
قولهما ان الدهر بالالف واللام على الابد قد ذكره محمد في الجامع الكبير ولم
يذكر فيه خلافا وكان ابو الحسن يقول ان قول ابي حنيفة في الدهر دهرا واحدا او
انه لم يجب عنه بشيء والغالب في كلام الناس ان الدهر على الابد يقال فلان
يصوم الدهر يعنون الابد الى هنا لفظ ابي بكر الرازي من اصحابنا من
قال ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم قال الله تعالى
حين من الدهر اى الابد وانما الخلاف في المنكر قالا يقع على ستة اشهر
وتوقف ابو حنيفة فيه وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير
روى بشر عن ابي يوسف انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة بين قوله دهرًا و
بين قوله الدهر وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي روى عن ابي يوسف
يقع انه قال الدهر على ستة اشهر وفي ظاهر الرواية يقع على جميع العمر وجه قولهما
ان الدهر كالحين والزمان في استعمال العرب يقال لم ار فلانا منذ دهر
ومنذ حين ومنذ زمان على السواء ووجه قوله ان الدهر لا نص فيه عن
احد من اهل اللغة والادلة متعارضة فيجب التوقف فيه الا ترى
الى قوله تعالى وما يهلكنا الا الدهر والى قوله عليه الصلاة والسلام لا تسبوا
الدهر فان الله هو الدهر ولهذا قال صاحب الجمهرة الدهر معروف ثم قال
قال وقوم الدهر مدة الدنيا من حين ابتدائها الى انقضائها وقال اخرون
بل دهر كل قوم زمانهم وقال ثعلب في اماليه الدهر الزمان الليل والنهار

لا غير

لا غير ولذلك وانشد: هل الدهر الا ليلة ونهارها: والا طلوع الشمس ثم غيارها:
فلما لم يستمر العرف فيه لم يصح الحاق الدهر بالحين والزمان قياسا لان اللغات لأن
بالقياس لا يستقيم ولهذا الدهر اذا ذكر معرفا يقع على الابد اتفاقا على ظاهر
الرواية بخلاف الحين والزمان ثم توقف ابو حنيفة في الدهر من غاية زهده و
ورعه وجلالة قدره في العلم حيث لم يقف ما ليس له به علم ولم يقل على طريق الجزاف
فكان هذا منه عين المعرفة لا جهلا ومما يليق ذكره هنا قال بعضهم من قال
لا ادري لما لم ادره فقد انترى في الفقه بالمخنث في الدهر والهي كذلك
جوابه ومحل الاطفال ووقت ختان: روى صاحب الاجناس عن كتاب
الصيام املاء بشر بن الوليد في تاريخ شعبان سنة تسع وستين ومائة
لو قال لله علي صوم عمرا وصوم العمر ولا نية له فان قوله العمر يقع على الابد وقوله
عمر على يوم واحد ثم قال وقال في كتاب الايمان املاء رواية بشر بن الوليد في تاريخ
صفر اذا حلف لا يكلمه عمرا فهو مثل الحين ستة اشهر الا ان ينوي اكثر او اقل
فله نيته ولو قال عمري او عمرك فهو الى الوقت الذي اضافه اليه وانما ذكرت
هذه المسائل لتكثير الفوائد ولم يذكرها صاحب الهداية قوله ولو حلف لا يكلمه
اياما فهو على ثلاثة ايام هذا لفظ القدوري في مختصره وهو رواية الجامع الكبير
وذكر انه فيه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كما
في العرف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع اصح و
ذلك لانه ذكر الايام بالتكثير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل
الجمع وهو الثلاثة قال في شرح الطحاوي ولو حلف لا يكلمه يوما فيقع على
طلوع الشمس الى غروبها اذا حلف قبل الطلوع وان كان حلف بعد الطلوع
يقع على يوم كامل الى الوقت الذي حلف من الغد ويدخل الليل فيه ولو حلف
لا يكلمه اليوم وقع على بقية اليوم ولو حلف لا يكلمه يومين دخل فيه الليل
سواء حلف قبل الطلوع او بعده وما عرفت من الجواب في اليوم فكذلك الجواب
في الليل ولو حلف لا يكلمه شهرا وقع على ثلاثين يوما ولو حلف لا يكلمه الشهر
او الجمع او السنين والاصل هنا ان حرف التعريف اذا دخلت في اسم الجمع

ينصرف الى اقصى ما يطلق عليه اسم الجمع عند ابى حنيفة وهى العشرة لان
الناس يقولون فى العرف ثلاثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد
ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما كانت العشرة
اقصى ما ينتهى اليه لفظ الجمع كانت هى المراده لان اللام للجنس بخلاف ما اذا
حلف بقوله ان تزوجت النسا حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر
صرفه الى الجميع قيل لا يصدق لانه خلاف الظاهر وقيل يصدق
لانه نوى حقيقة كلامه وقد عرف فى شروح الجامع واصل ابو يوسف
ومحمد انه ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع
العمر وفى الايام المعهود فى عرف الناس ايام الاسبوع وكانت الجمعة هى
المرادة وفى الشهور المعهود شهور السنة وكانت السنة هى المرادة ولا معهود
فى الجمع والسنين فانصرف يمينه الى جميع العمر ولو قال جمعا او قال
سنين بالتنكير يقع على ثلاثة ذلك بالاتفاق ولو قال اول يوم
من هذه الشهر يقع على السادس عشر من الشهر لانه اول يوم من اخر الشهر
وقال اخر يوم من اول هذا الشهر يقع خامس عشر من الشهر لانه اخر يوم
من اول الشهر نقله فى الاجناس عن نوادر ابن شجاع **قوله** لانه يدور
عليها اى لان الشهور تدور على اثنى عشر وكان القياس ان يقول لانها
تدور عليه لكن اول المذكور فى الاول والافراد فى الثانى فافهم **قوله** ولو قال
العبده ان خدمتنى اياما كثيرة فانت حر وهذه مسئلة الجامع الصغير
قال ابو حنيفة اكثر الايام عشرة وقالا سبعة لان ايام الاسبوع سبعة وما
زاد عليها تكرار فيكون الايام الكثير سبعة ولابى حنيفة ان
اكثر ايام يضاف الى عشرة فبعد ذلك لا يسمى ايام ما يقال ثلاثة ايام الى الايام
عشرة ايام ثم يترك ذكر الايام فيقال احد عشر يوما ومائة يوم والف
يوم قال صدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير من المتاخرين من
قال هذا الاختلاف يجى على لسانهم اما بلساننا ينصرف الى
ايام الجمعة بالاتفاق وعلل صاحب الهداية بقوله لانه يذكر بلفظ

الفرد دون الجمع فى التعليل نظر لان لفظ الفرد بالفارسى لا يخلو من
احد الامرين اما ان يفهم منه معنى الجمع ام لا فان فهم ينبغى ان
يكون العربى الفارسى سوا وان لم يفهم ينبغى ان يكون الاسبوع
مرادا ايضا **باب اليمين فى العتق والطلاق** قدم هذا الباب على غيره
لكثرة وقوعه فى حلف الناس فكان بيانه اهم باعتبار الكثرة **قوله**
ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا
طلقت وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة قال وكذلك الامة
تعتق به اذا علق عتقها به وذلك لان شرط الطلاق او العتق ولادة
الولد وذلك وجد الشرط لان الولد الميت ولد حقيقة وشرعا اما حقيقة
فظاهر واما شرعا فان المرأة تنقضى عدتها به والدم بعده نفاس وتصير
الامة ام ولد الا ترى انه يحيى فى الآخرة ويرجى شفاعته بدليل
ما روى ابو عبيدة فى حديث النبى صلى الله عليه وسلم ان السقط
يظل محبنطئا على باب الجنة والمحبنطى يروى بغير همز همز
وفعل الاول معناه المتغضب المستبطى للشى وعلى الثانى معناه
العظيم البطن المنتفخ يعنى يتغضب وينتفخ بطنه من الغضب حتى
يدخل ابواه الجنة قال الحاكم فى الكافى اذا قال لها اذا ولدت ولدا فانت
طالق فاسقطت سقطا قد استبان بعض خلقه طلقت الا ترى
ان العدة تنقضى بمثله او تصير الامة بمثله ام ولد فان لم يستبن بعض
خلقه لم يقع به طلاق ولم تنقض به عدة ولم تصر به ام ولد الى هنا
لفظ الحاكم كتبته بعينه للتبرك **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا ميتا فهو
حر فولدت ولدا ميتا ثم حيا عتق الحى وحده عند ابى حنيفة وقالا
واحد لا يعتق منهما وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة الى شرط الحرية
ولادة الولد وقد تحقق الولادة لكن الميت لم يكن محلا للحرية انحلت
اليمين لا الى جزا كما اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل
الدار ينحل اليمين لا الى جزا كما اذا قال لعبده حتى اذا اشتراه فدخل الدار

لا يعتق وكذا اذا قال لامرته ان دخلت الدار فانت طالق فابانها
وانقضت عدتها ثم دخلت الدار ينحل اليمين لا الى جزا حتى تزوجها ثم دخلت
الدار لم تطلق ولابي حنيفة ان الولد وان لم يكن موصوفا بالحرية عبارة
عن قوة حكمية تثبت في المحل حيث يدفع تسلط الغير عليه والميت
ليس باهل للقوة الحكمية المذكورة فكانت الحيوة شرطا في الولد وهذا المعنى
لان الحرية من اوصاف الحي فيعتق الولد الثاني لانه هو الحي بخلاف ما اذا
كان لامرته اذا ولدت ولدا فانت طالق او قال لامته اذا ولدت
ولدا فانت حرة فولدت ولدا ميتا يقع الطلاق والعتق لان ولادة الولد
شرط الطلاق انا العتق وكل واحد منهما مستغن عن حيوة الولد فلم
تكن حيوته شرطا وهذا معنى قوله بخلاف جزا الطلاق وحرية الولد
قوله لانه لا يصلح مقيدا لان جزا الطلاق وحرية الام لا يصلح مقيدا
للحياة لاستغنائها عن حيوة الولد وهذا اذا وصف الولد بالموت صريحا
وعلق الطلاق وحرية الام وقال اذا ولدت ولدا ميتا فانت طالق
او قال فانت حرة كان صحيحا قوله واذا اعتق اول عبد اشتريه فهو حر
فاشترى عبدا عتق وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة والاصل
ان الاول اسم لفرد سابق لا يشارك غيره فيه فالذي اشتراه فرد سابق
فيعتق اما اذا اشترى عبدين بصفقة ثم اشترى عبدا اخر لا يعتق
احد منهم لان التفرد لم يوجد في العبدين والسبق لم يوجد في العبد قال
اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث وهذه من مسئلة الجامع
الكبير لان اليمين تناول الاول الموصوف بصفة التوحد والثالث هو
الاول المتوحد في الشري بخلاف ما اذا قال اول عبد اشتريه واحد
فاشترى عبدين ثم اخر لا يعتق احد منهم ذكرها العتابي في شرح الجامع
الكبير لانعدام الاولية لان العبدين ليسا بفرد والعبد ليس بسابق
والفرق بين قوله وحده وبين قوله واحدا لان الواحد يقتضي الانفراد
في الذات ووحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به الا ترى انه انا

قال

قال في الدار رجل واحد كان كاذبا فيما اذا كان معه صبي او امراة بخلاف ما اذا قال
في الدار رجل واحدة كان كاذبا اذا كان معه صبي او امراة قوله وان قال
اخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق وهذه من مسايل الجامع
الصغير المعادة ايضا وذلك لان الاخر اسم لفرد لاحق والعبد الذي
اشتراه ليس بلاحق لغيره لانه لا يسبق احد في الشرا فلا يكون اخرا فلا
يعتق لعدم الشرط ولانه اول فلا يكون له اخرا لانه ليس من صفات
المخلوقين ان يكون الواحد اولا واخرا وانما هو من صفات الباري جل
وعلا اما اذا اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الثاني لانه موصوف بالاخرية
لان الاخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره فيه والثاني بهذه الصفة
فيعتق لكن تعتق عند ابي حنيفة من يوم اشتراه ثم يعتبر من جميع المال
اذا كان المشترى وقت الصحة وعندهما يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر
من الثلث وجه قولهما ان شرط الحرية كون العبد اخرا وهو لا يتحقق الاخرية
الا بعدم شرا غيره فصار كانه قال ان لم اشتر بعدك عبدا اخر فانت حر فلو
قال هذا لا يعتق الثاني ما دام المولى حيا لان الياس عن الشرا لا يتحقق
الا بعد الموت وانما يعتق قبل الموت بلا فصل فكذا هنا ووجه قول ابي حنيفة
ان الموت معرف ان العبد الثاني هو اخر عبد اشتراه فثبت العتق منه
من وقت الشرا لوجود شرط العتق من ذلك الزمان بخلاف ما قاسا عليه
لانه ثمة جعل شرط العتق عدم الشرا وعدمه لا يتحقق الا بالموت فكذا
فصير على الموت وفي مسئلتنا جعل الشرط العتق كون العبد حرا وقد تبين
الاخرية بموت المولى من وقت الشرا لانا ما كنا ثابتة الاخرية قبل موت المولى
لاحتمال ان يشتري اخر فبالموت تحقق ان الثاني هو الاخر كما اذا قال لامراته
اذا حضت فانت طالق فرات الدم لا يحكم بانها طالق لاحتمال الانقطاع
فاذا رات ثلاثة ايام ثم يحكم بانها طلقت من اول ما رات الدم لزوال الاحتمال
قوله وعلى هذا الخلاف تعلق الطلاق الثلاث به اي بوصف الاخرية او
بلفظ الاخر فان قال اول امراة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امراة

ثم امرأة ثم مات تطلق الثانية من حين تزوجها ولا ترث وعندهما تطلق
في اخر حيوة الزوج ولا ترث وعندهما تطلق في اخر حيوة الزوج ويصير
الزوج فارا فترث المراة وفايدته اى فايدة هذا الخلاف **قوله** ولو قال
لكل عبد يبشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول و
هذه من مسايل الجامع الصغير المعادة يعني بشره واحد بعد واحد فانما
يعتق الاول لا غير لان البشارة يراد بها خبر سار ليس عند المخبر علمه
والخبر بهذا الصفة حصل من الاول دون غيره فيعتق الاول خاصة لوجود
شرط الجزئية فيه وهذا يكرم الاول بالعطية خاصة في العرف قال فخر الاسلام
روى ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرا القران فقال من احب
ان يقرا القران غضا كما نزل فليقرا بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر
للبشارة فسبق ابو بكر ثم اتبعه عمر فكان ابن مسعود متى ذكره يقول بشرني
به ابو بكر واخبرني به عمر بخلاف ما اذا بشروه معا حيث تعتق الجميع لتحقق الشرط من
جميعهم الا ترى الى قوله تعالى فبشروه بغلام عليم كيف حقق البشارة من
الجميع قال الحاكم وان قال عنيت واحدا لم يدين في القضاء واما بينه وبين
الله تعالى فيسعه ان يختار منهم واحدا فيمضي عتقه ويمسك البقية يقال
بشرته بالتخفيف بشرا وبشارة بفتح الباء وبشرته تبشيرا اما البشارة بكسر الباء
فهي بمعنى البشرى اسم لما بشرته ثم البشارة في اللغة يكون بالخير والشر جميعا
الا ان في العرف تستعمل فيما يسر ويبقى الحزن فمن هذا قال صاحب الهداية
ويشترط كونه بشارة في العرف والبشرة ظاهر الجلد يقال فلان مبشر اذا
اخرج ظاهر جلده ومن ذلك قولهم باشر الرجل المراة اذا الصق بشرته ببشرتها
قوله ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه
وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ذكرها في المبسوط في باب العتق في
الظهار يعني قال ان اشتريت فلانا فهو حر ثم اشتراه ناويا عن كفارة يمينه لم
يجزه عن الكفارة بالاعتاق وذلك لان عتق العبد وجب عليه بقوله كان قبله
فليس له بعد ذلك ان يصرفه الى غيره حتى اذا قال هو حر يوم اشتريه وعنى به

ان يقع

ان يقع عما عليه من العتق ثم اشتراه اجزاه لاقتران نية الكفارة بعلة
العتق بل اقترنت بشرط العتق وليس للشرط اثر في ايجاب العتق لان
العتق ثبت بقول سابق وهو قوله فهو حر فصار كانه قال عبدي حر ثم
نوى عن كفارة يمينه لا يجوز فكذا هذا **قوله** لان الشرط قران ~~العتق~~
النية بعلة العتق وهو اليمين اما الشرا فشرطه اى لان شرط اجزا العتق
~~لان شرط العتق~~ عن كفارة اليمين قران النية التي هي علة العتق لا
قرانها بالشرا الذي هو شرط العتق لانه لا اثر له في ايجاب
العتق وانما الاثر للاعتقاد الذي هو العلة **قوله** فان اشترى اباه ينوي
عن كفارة يمينه اجزاه عندنا وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة
ذكرها محمد في الاصل في باب العتق في الظهار اعلم انه اذا اشترى اباه
او اخاه ناويا عن كفارة اليمين او الظهار او القتل اجزاه استحسانا
وفي القياس لا يجزيه وهو قول ابي حنيفة الاول وقول زفر والشافعي و
كذلك على هذا الخلاف اذا وهب له ابوه او تصدق به عليه او اوصى له
به وهو ينوي عن كفارته كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
وجه القياس ان القرابة المتقدمة هي علة العتق لا الشرا فان الشرا شرط
العتق اقترنت النية بالشرا الذي هو الشرط لا بالعلة فصار كمن علق عتقه
بيمين متقدمة بيانه ان الواجب عليه التحرير والشرا ليس بتحرير لمنافات
بينهما لان الشرا استجلاب الملك والتحرير ازالة الملك والدليل على ان
استحقاق الملك بالقرابة ان احد الشريكين اذا ادعى نسبه يضمن لشريكه
نصيبه فيه كما لو اعتقه وجه ظاهر النص وهو فتحرير رقبة وقوله عليه
الصلاة والسلام للاعرابي حين ساله عن الاهلاك بالوقاع اعتق رقبة
بيانه ان التحرير جعل الشخص المرقوق حرا كالتبييض والتسويد فانهما
عبارتان عن جعل المحل ابيض او اسود وقد وجد التحرير مقرونا بالنية
عما عليه فيجازيه اما وجود النية فظاهر واما كون الشرا تحريرا او اعتاقا
فلما روي عن اصحابنا في المبسوط وغيره عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال

لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه اى بشرائه بيانه ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الولد معتقا لوالده بالشرا لا محالة
لان العتق المبتدا لم يوجد بالاتفاق فكان شراه عتق وكلامه رسول صلى الله
عليه وسلم يجب صيانته عن الالغا ولو لم يكن الشرا اعتاقا للزم الالغا و
مثله وارد فى كلام العرب كما فى قولهم سقاه فارواه اى بالسقى يؤيده ما
روى صاحب السنن باسناده الى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر بيانه انه عليه الصلاة والسلام جعل
الحرية جزا للملك والشرا علة الملك فكانه قال من اشترى قريبه فهو
حر فيكون الشرا تحريرا واعتاقا وقد اقترنت النية به مجازيا عليه
وهذا الخلاف اذا ورث اباه ينوى به الكفارة حيث لا يجزيه لان
الميراث يدخل فى ملك الوارث بدون صنعه واختياره والتكفير
يتادى بالتحرير الذى هو صنعه فى الاسباب السابقة اعنى الهبة
والصدقة والوصية تحصل بصنيعه وهو القبول لا يقال صرفه
بمنفعة الكفارة الى الاب لا يجوز كما فى الطعام والكسوة فينبغى
ان لا يجوز صرف منفعة كفارة التحرير اليه لانا نقول فى المقيس عليه
لا يجوز صرفه الى العبد وفى المقيس يجوز فهكذا هنا فظهر الفرق **قوله** ولو اشترى
ام ولده لم يجزه وهذا من مسايل الجامع الصغير المعادة قالوا معنى المسلة ان
يستولد امة الغير بالنكاح ثم يقول لها اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى
ثم اشتراها فانها تعتق لكن لا تجزى عن كفارة اليمين اما العتق فلو
وجد الشرط المذكور فى اليمين السابقة وهو الشرا اما عدم الاجزا عن
كفارة اليمين فلانها لما استحقت العتق بالاستيلاد لقوله عليه الصلاة و
السلام اعتقها ولدها لم يكن كل العتق مضافا الى الشرا لان الاستيلاد علة
العتق من وجه والواجب عليه كفارة اليمين تحرير كامل لا تحرير من وجه
دون وجه بخلاف ما اذا قال لامة الغير ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة
يمينى فاشتراها حيث يعتق ويجزى عن كفارة اليمين لان حرمتها اضافة

الى

الى الشرا فحسب فحصل التحرير الكامل وبخلاف ما اذا اشترى ذا رحم محرم ناويا
للكفارة حيث يجزى عن الكفارة لان التحرير مضاف الى الشرا فكان الشرا
اعتاقا لا القرابة فوجد التحرير الكامل بالشرا **قوله** فلم تحتمل الاضافة الى
اليمين اى اضافة الحرية الى اليمين لم تحتمل لعدم استحقاق التغنة الحرية
قوله قارنته النية اى قارنت الشرا لانية الكفارة **قوله** ومن قال ان اشتريت
جارية فتشريتها جارية كانت فى ملكه عتقت وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعادة قال ابو حنيفة فى الجامع الصغير ان يتسرى جارية كان فى ملكه يوم
حلف فهى حرة كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يكون النكاح
مذكورا دلالة لان الطلاق تصرف لا يصح بدون سابقة النكاح
فكانه قال ان نكحتك فطلقتك فعبدى حر ولنا ان ايجاب العتق
لم يكن مضافا الى الملك ولم يكن فى الملك لان التسرى ليس من اسباب
الملك لان التسرى عند ابى حنيفة ومحمد عبارة عن التبوية وتحصينها وطلب
ولدها وعند ابى يوسف لا يكون تسريا الا بطلب الولد مع هذا والمراد
من طلب الولد ان لا يعزل ماءه لو لم يفعل بهذا شيا من هذا ولكن
وطى خادمه فعلقت منه لم يعتق لانه لم يتسرها وكل ذلك من التبوية
والتحصين وطلب الولد ليس بعبارة عن الملك ولكن الملك شيبت
بمقتضى صحة التسرى والثابت بالاقتضا ثابت ضرورة والثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر الملك فى حق صحة الجزا وهو الحرية فلم
يصح اليمين فى حق الامة المشتراة وكذلك المسلة المقيس عليها حيث ثبت
ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذى هو الطلاق فلا يتعدى الى
الجزا فكان نظير مسلتنا اما العتق فيما ذكرنا فانما صح لثبوت الملك
فى العبد فى الحال فصح تعليق عتقه بشرط سيوجد **فان قلت** ان زفر
لا يقول بالاقتضا ولهذا اذا قال اعتق عبدك عنى بالف فاعتق يقع
العتق عن المامور عنده لا عن الامر والمسلة مشهورة فكيف قال هنا
بالاقتضا **قلت** هو يقول هنا بالدلالة لا بالاقتضا وفرق ما بينهما

الاقتضاء يحتاج فيه الى التفكر بخلاف الدلالة فان الثابت بها يفهم من اللفظ رتبة بلا تفكر ولهذا اذا قيل عبد فلان شريك يفهم منه في اول وهلة ان عبده جا مملوكة فلا يرد عليه السوال ولين ورد فذاك امر يتعلق به الاسامي من ما التزمنا خلاصته اذا الحق الى الورطة **قوله** وهو شرط اي الشري شرط فيتقدر بقدره اي يتقدر الملك بقدر الضرورة ذكر الضمير الراجع الى الضرورة بالتذكير على الاضطرار **قوله** وفي مسئلة الطلاق المراد بهاما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر انما يظهر في حق الشرط اي يظهر ملك في حق الطلاق بالطلاق الذي هو شرط في حق الجزاوقد مر بيانه **قوله** فهذه وزان مسئلتنا وهي قوله ان اشتريت جارية فهي حرة لان في كل منهما لم يظهر الملك الثابت ضرورة في حق صحة الجزاء ونظير مسئلة زفر وهي قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر ما اذا قال ان اشتريت جارية فعبدي حر فاشتراها يعتق العبد كما اذا تزوجها فطلقها يعتق العبد لما ان الملك قايم والعبد في الحال في الصورتين جميعا فالحاصل ان الملك وقع شرطا للشرط الذي هو الحق اذا الشري فلا يكون شرط الشرط شرطا للجزاء فافهم **قوله** ولو قال كل مملوك لي حر يعتق عبيده ومدبروه وامهات اولاده وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة اذا قال كل مملوك لي حر يعتق العبد والاماء والمدبرون وامهات الاولاد الا المكاتبين والمشترك بينه وبين غيره وان نواهم عتقوا ايضا كذا في الشامل في نسخ المبسوط ومعتق البعض لا يعتق الا بالنية كذا في شرح الجامع الصغير وان نوى الرجال دون النساء يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء لان لفظ الجمع على صيغة التذكير يتناول الذكور والاناث جميعا بدليل عموم القران وان قال لم انوي المدبرين لم يدين في القضاء خاصة على رواية كتاب العتاق اما على رواية كتاب الايمان فلا يصدق ديانة وذاك لانه اضاف العتق الى مملوك مطلق والملك في المدبرين وامهات الاولاد مطلق كامل ولهذا احل استخدامهم وكسبهم واستمتاع المدبرة وام الولد ولا يحل

الاستمتاع

الاستمتاع الا بالملك المطلق ويجب على المولى صدقة الفطر لاجلهم فلما كان الملك فيهم مطلق كاملا دخلوا تحت مطلق قوله مملوك بخلاف المكاتب فان الملك فيه ناقص والرق كامل ولهذا لا يملك المولى استخدامه وكسبه ولا يجب عليه صدقة لاجله ولا يحل عليه وطي المكاتبة مملوكا من وجه دون وجه لان المولى مالك له رقبة لا يدا فلم يدخل تحت مطلق الكلام كالمختلعة لا يتناولها مطلق قوله كل امراة لي طالق ومعتق البعض مكاتب عند ابي حنيفة الا اذا نوى المكاتب ومعتق البعض حيث يصح نيته لانه شدد الامر على نفسه **قوله** فاختلف الاضافة اي اضافة الملك الى المكاتب **قوله** ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاولتين وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ذكرها محمد في باب الطويل من كتاب الطلاق وذلك لان كلمة او لاحد الشيئين وقد دخلت بين الاولى والثانية فاقتضت طلاق احدهما غير عين وله الخيار في تعيين احدهما كما قال وهذه في المراة الثانية بحرف الواو طلقت الاخيرة لان الواو للجمع بين المعطوف والمعطوف عليه وقد جمع بين الاخيرة واحدى الاولتين في الطلاق فتكون الاخيرة طالقا بلا شك لعدم دخول كلمة الشك فيها وانما الشك في احدى الاوليين فله الخيار في التعيين توقعه على ايهما شاء فصار كانه قال احدكما طالق وهذه وكذا الحكم فيما اذا قال هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير بلا شك وله الخيار في تعيين احدى الاوليين **فان قلت** لم لا يكون الشك في الثالثة ايضا لان الواو للجمع وقد جمع الثالثة مع الثانية وفي الثانية شك فينبغي ان يقع في الثانية ولهذا قال زفر والفرا لا يقع في الحال شيء ويخير بين ان يقع على الاول او على الاخيرين كما اذا قال هذه طالق او هاتان ذكر قولهما في الجامع العتابي **قلت** نعم انها للجمع لكنه ذكر الثالثة بعد وقوع الطلاق على احد الاوليين غير عين فاقتضى الجمع بين طلاق الثالثة وبين طلاق الاوليين فصادفت الثالثة حالة الايجاب للطلاق وكذا الثانية وكانه قال انت طالق ثلاثا وثلاثة او ثلاثة فا

طالق والخيار في الاخريين **قوله** لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله
اي يختص العطف بمحل الحكم ومحل الحكم المطلقة من احدى الاوليين وكانت
الثالثة طالقا لان الواو تقتضي الاشتراك في الحكم والحكم هنا هو الطلاق
ونظير هذا ما ذكره في كتاب الاقرار ولو قال لفلان علي الف او لفلان وفلان كان
نصف الالف للثالث والنصف الاخر ان شاء المقر جعله للاول وان شاء جعله
للثاني **باب اليمين في البيع والشراء وغير ذلك** اي من العتاق والطلاق والضرب
كما اذا قال لا يطلق ولا يعتق ولا يضرب فامر غيره بذلك وسيجيء بيانه ان شاء
الله تعالى قيل لما كانت التصرفات في الايمان في هذه الاشياء اكثر وقوعا بالنسبة
الى اليمين في الحج والصلاة والصوم تقدم هذا الباب على باب اليمين في الحج **قوله** ومن حلف
لا يبيع ولا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث وهذه من مسئلة
القدوري والاصل هنا ان الفعل اذا كان يتعلق حقوقه بالمباشر لا يجعل
فعل المامور كفعل الامر كما اذا حلف لا يبيع ولا يشتري او لا يواجر فوكل من
فعل ذلك لم يحنث وهذه من مسئلة القدوري او لا يقاسم فامر به غيره لم
يحنث لان شرط الحنث وهو عقد الحالف على هذه الاشياء لم يوجد منه و
انما يوجد من المامور ولم يجعل فعله كفعل الامر لان الحقوق تتعلق بالمامور
خاصة ولهذا يحنث المامور في فعل هذه الاشيا اذا كان حالفا الا اذا كان
الحالف ممن لا يلي ذلك بنفسه كالقاضي والسلطان ونحوهما فح يحنث بفعل المامور او نوى
الحالف ان لا يامر غيره فح يحنث ايضا بفعل المامور او نوى الحالف ان يامر غيره
فح يحنث ايضا بفعل الوكيل لان فيه تشديدا او تغليظا على نفسه اذا كان لا يتعلق
الحقوق بالمباشر بل بالامر ولم يكن له حقوق فح يكون فعل المامور كفعل الامر
كالنكاح والطلاق والكتابة والضرب والذبح والقتل والهبة والصدقة
والكسوة وقضاء الدين واقتضاء الخصومة والشركة بان حلف لا يشارك فلانا
فامر غيره فعقد مع فلان عقد الشركة نيابة عنه يحنث الامر بفعل المامور في
هذه الصورة وفي الصلح روايتان اذا حلف لا يصالح مع فلان فوكل رجلا بالصلح
معه لا يحنث هذه رواية الامالي وجعل في السير الكبير الصلح عن دم العمد كالنكاح

قال

قال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف ليضربن عبده او ليخيطن ثوبه او ليبنين
داره فامر غيره بر في يمينه الا ان يعني ان يليها بيده ولو حلف على حر
ليضربنه فامر غيره فضربه لم يبر حتى يضربه بيده وليس هذا كالعبد واما
السلطان او القاضي اذا قال لاضربنه فامر غيره فضربه بر الا ان ينوي بيده
فيدين في القضاء وقال في نوادر هشام اذا زوجه غيره امراة بغير اذن الحالف
ثم اذن الحالف اجازه قال محمد لا يحنث وفي مسائل اهل البصرة فيما كتبوا الى
محمد بن الحسن اذا حلف لا يتزوج فوكل وكيلا بالنكاح انه لا يحنث وهو خلاف
الاصل كذا ذكرنا طرفي في الاجناس **قوله** لانه يمنع نفسه مما يعتاده اي لان
ذا سلطان كالقاضي ونحوه اذا منع نفسه عن الفعل يمنعها عما هو عادة له
بذلك الفعل فاذا حلف لا يبيع ولا يشتري فكانه قال لا امر بالبيع ولا
امر بالشرا بدلالة الحال فيحنث في يمينه بفعل المامور وسلطان كل شيء حدته
وسطوته ومنه اشتقاق السلطان كذا قال ابن دريد **قوله** ومن حلف لا
يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث وهذا لفظ القدوري
في مختصره وانما حنث بفعل الوكيل لان حقوق العقد راجعة الى الموكل
وهذا يضيف العقد الى الموكل لا الى نفسه وانما الوكيل سفير فكان لسان
الوكيل كلسان الموكل فكان الموكل فعل بنفسه وان قال عنيت ان لا افعل
بنفسي صدق ديانة لانه نوى شيئا يحتمله لفظه فصحت نيته والله تعالى
عالم الغيب والشهادة يعلم من ضميره ما لا يعلمه غيره ولا يصدق قضاء
لانه خلاف الظاهر وان كان محتملا **قوله** اليه اي الى الوكيل به اي بلفظ التزوج
والطلاق والعتاق **قوله** وسنشير الى المعنى في الفرق اراد به قوله في المتن
ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى الوقوع الطلاق
عليها الى اخر ما قال **قوله** ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر
غيره ففعل يحنث في يمينه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وذلك
لان الفعل ينسب الى الامر وليس فيه حقوق تتعلق بالمامور ومنفعته
تعود على الامر لان العبد يكون موتمرا بامر المولى فكان فعل المامور

كفعل الامر ولو قال عنيت ان لا افعل بنفسي صدق قضاء وديانة بخلاف النكاح والطلاق والعتاق فانه اذا عنى ان لا يفعل بنفسه لا يصدق قضاء والفرق ان في تلك الصورة ادعى خلاف الظاهر لان هذه الاشيا امور شرعية يظهر اثرها في المحل فالامر بها كالمتكلم بها سواء فاذا نوى التكلم بها خاصة كان مدعيا خلاف الظاهر لانه ينوي الخصوص من العموم فلا يصدق قضاء بخلاف ضرب العبد وذبح الشاة فانه امر حسي يعرف باثره ولا يحتاج فيها الى الامر حتى يكون ضربا او ذبحا فانه اذا ضرب عبد الغير او ذبح شاة الغير يسمى ذلك ضربا او ذبحا وان وقع بغير امره وانما نسبة الفعل الى الامر بسبيل التسبيب مجازا فاذا نوى ان لا يفعل ذلك بنفسه صدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولا خلاف في هذه المسئلة الا انه روى في الكتاب عن ابي يوسف ومحمد خاصة ولم يرو عن ابي حنيفة خلاف هذا الا في الكتاب الجامع الصغير **قوله** الا اذا نوى ذلك اي ضرب العبد او ذبح الشاة **قوله** ينتظمها اي اللفظ نية ظم التكلم بذلك والامر بذلك اي بالطلاق والعتاق والنكاح **قوله** ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث الحالف بضرب المامور لان منفعة الضرب تتعلق بالولد لان المقصود من ضربه ان تتادب ويسلك الطريقة المستحسنة ويختار السيرة الصالحة ويجانب الافعال المستقبحة ويترك الهوى والشهوة فذلك منفعة خالصة للولد وان كان فيه منفعة للوالد ايضا ضمنا فلم يجعل ضرب المامور كضرب الامر بخلاف ضرب العبد فان منفعته ترجع الى المولى فان المقصود منه ان ينقاد الى المولى ويأتمر بامره ولا يخالفه فصار ضرب المامور كضرب المولى فيحنث بضرب المامور يقال ثقفت الرمح فتثقفت اي سويته فاستوى **قوله** ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير والاصل في معرفة ذلك ان يعرف ان اللام قد تكون للتمليك كقولهم المال لزيد وقد تكون للتعليل وهو المعنى من المعنى الباعث على

العقل

العقل كقولهم فعلت هذا الامر لابتغاء مرضاتك فلما كان مشتركا يجب صرفه الى احد الوجهين كوجود المرجح او لتعذر صرفه الى الاخر ولا خوان تصحيح الكلام مراعات نظم الكلام اولى من تصحيحه مع تغيير نظامه والاصل ان الاخوان كل فعل يجري فيه الوكالة قد يفعله الفاعل تارة لنفسه و تارة لغيره وما لا يجري فيه الوكالة لا يفعله لغيره فتتعين اللام فيه للملك فاذا عرفنا هذا فنقول اذا قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان المعنى ان بعت لاجلك هذا الثوب لانا لو جعلناه للتمليك يتغير نظم الكلام لان اللام حينئذ يصير صلة الثوب والصلة لا تقدم على الموصول فلا بد من التقدير فيه بان يقال معناه ان بعت ثوبا لك وقد مر ان تصحيح الكلام مراعات نظم الكلام اولى من تصحيحه مع تغييره فقلنا معناه ان بعت لاجلك ثوبا لئلا يتغير النظم ولم يوجد البيع لاجل المحلوف عليه لعدم امره فلم يحنث اما اذا قال ان بعت ثوبا لك سواء باعه بامره او بغير امره لان اللام ذكرت عقيب الثوب فكانت للتمليك فكان شرط الحنث بيع ثوب مملوك لفلان لا البيع لاجله وقد وجد بيع ثوب المملوك لفلان سواء وجد الامر او لم يوجد وكذلك الحكم في كل فعل يجري فيه الوكالة اذا قدم اللام على العين يكون للتعليل وان اخر يكون للتمليك مثل قوله ان خطيت لك قميصا او قميصا لك او ان صغت لك حليا او حليا لك او ان شتريت لك جارية او جارية لك او ان استاجرت لك دارا او دارا لك او ان تبنيت لك دارا او دارا لك وبمثله لو قال فيما لا يجري فيه الوكالة ان ضربت لك عبدا او ان مسيت لك ثوبا او مسيت ثوبا لك او دخلت لك دارا او دخلت دارا لك او ان اكلت لك طعاما او اكلت طعاما لك او شربت لك شرابا او شربت شرابا لك يحنث سواء تقدم اللام او اخر وسواء فعل بامره او بغير امره لان هذه الاشيا لا يجري فيها الوكالة اذ ليس بهذه الاشيا عهدة يرجع بها المامور على الامر فتكون اللام للملك اذا لم يكن له نية ولو نوى غير ذلك تصح نيته لانه نوى ما يحتمله كلامه قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير

وكلا الفصلين في القياس سواء لكن الاغلب انه اذا قدم قوله لك في فعل يجري
فيه التوكيل يراد به الفعل لا محله وهي لام التعليل واذا اخر يراد به لام
التمليك وفي فعل لا يجري فيه التوكيل الاغلب ان المراد لام التمليك سواء قدم
او تاخر فاجرى الباب على ما عليه اغلب كلام الناس **قوله** فدس المحلوف عليه
يقال دس الشيء في الشيء اي اخفاه فيه بدسه بالضم دسا **قوله** لان حرف اللام
دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به يعني ان اللام لما كانت مقرونة بالبيع و
البيع من افعال التي تملك بالعقد اقتضت ان يكون البيع مختصا بالمحلوف
عليه بان يقع فعل البيع للمحلوف عليه ووقوعه بان يتجدد بامر المحلوف عليه
ولم يوجد الامر بامره فلا يحنث بخلاف ما اذا قال ثوبا لك حيث يحنث اذا باع
بامره او بغير امره ولا يشترط العلم بذلك لان اللام لما قرنت بالعين وكانت
اقرب الى العين من الفعل اقتضت اختصاص العين بالمحلوف عليه والاختصاص
بان يكون ملكا للمحلوف عليه **قوله** ونظيره اي نظير البيع الصياغة والخياطة التمييز م
فيما هو من نظايره **قوله** فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين اي لا يفترق حكم الحنث
لا يجري فيه النيابة كالاكل والشرب وضرب الغلام بل يحنث اذا فعله سواء امره
او بغير امره في الوجهين اعني فيما اذا تقدم الكلام او تاخر **قوله** ولو قال هذا العبد
حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال عبدي هذا حر ان بعته فباعه
على ان البايع بالخيار ثلاثة ايام قال يعتق وكذلك لو قال عبدي هذا حر ان
اشتريته فاشتريه على انه بالخيار قال يعتق اما العتق في الفصل الاول فلان
شرط الحنث وهو البيع قد وجد حال قيام الملك في العبد لان خيار البايع يمنع
زوال البيع عن ملكه فنزل الجزاء وهو الحرية واما في الفصل الثاني فكذلك لان شرط
الحنث قد وجد والملك قايم للمشتري في المشتري فينزل الجزاء هذا في قولهم جميعا لكن
المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده ولو نجز المشتري العتق في هذه الصورة
ينفسخ الخيار ويثبت الملك سابقا على التنجيز فكذا في تعليق العتق بالشراء اذا
وجد الشراء يكون كانه نجز العتق حالة الشراء بخلاف قوله ان ملكتك فانت حر فاشتراه عم

على انه

على انه بالخيار لا يعتق لان شرط الحنث وهو الملك لم يوجد لان المشتري اذا كان بالخيار
لم يملكه عند ابي حنيفة ثم يترك الجزاء وبخلاف ما اذا اشترى ذا رحم محرم منه بالخيار حيث
لا يعتق على قول ابي حنيفة لعدم الملك لان الخيار من المشتري مانع التملك **قوله** و
من قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته كذا فاعتق او دبر طلقت امرأته
وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
قال ان لم ابع هذا العبد فامراته طالق ثلاثا فاعتقه او دبره قال امرأته طالق
ثلاثا وقال وكذلك في الجارية يعتقها او يدبرها قالوا المسألة على وجهين اما في
الاول وهو ما اذا قال ان لم ابع هذا العبد فانما طلقت المراة لانه جعل شرط الحنث
عدم البيع وقد تحقق العدم بالاعتاق والتدبير فصار العبد بحال لا يحتمل البيع
فيحنث في يمينه لتحقق الشرط كما اذا مات الحالف او مات العبد قبل البيع **فان قلت**
سلمنا اذا احتمال البيع لم يبق بالاعتاق ولكن لا نسلم لم يبق بالتدبير لانه يجوز نسخ
التدبير لا قبله وقبل الفسخ هو مدبر لا يجوز بيعه فلما لم يحتمل البيع وجود الشرط
فنزل الجزاء ثم اذا حصل النسخ بعد ذلك لا يرتفع الطلاق الواقع لانه لا قيلولة
فيه واما فصل الثاني وهو ما قال ان لم ابع هذه الجارية فانما طلقت المراة لتحقق
الشرط ايضا لان كونها محلا للبيع قد فات بالاعتاق والتدبير ولا يقال لا نسلم
ان محل البيع فات اذ من الجايز ان يرتد الجارية فيلحق بدار الحرب فيسبى فيملك
فيباع لانا نقول ذاك موهوم فلا نعتبره او نقول ان الحالف عقد يمينه على الملك
القايم لا على الملك الذي سيوجد على اعتبار هذا الملك ارتفع احتمال البيع بالاعتاق
والتدبير فقد تحقق اذن شرط الحنث فنزل الجزاء **قلت** لفوات محلية البيع اي
بالاعتاق والتدبير **قوله** واذا قالت المراة لزوجها تزوجت علي فقال كل امراة لي
طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وهذه من خواص الجامع الصغير قال
في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه قال لا يطلق هذه ومال الكثير الى
هذه القول لان الزوج اخرج الكلام جوابا لكلام المراة فينطبق الجواب على السؤال
فكانه قال كل امراة لي غيرك تزوجتها فهي طالق ثلاثا والاستثنا قد يكون دلالة
كما يكون افصاحا فتكون المحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة فينصرف الطلاق

الى غيرها ولان غرض الزوج بهذا الكلام ارضاؤها لا ايحاشها وارضاؤها
اطلاق ضرتها لا بطلاق نفسها وجه ظاهر الرواية ان العبرة لعموم اللفظ لا
لخصوص السبب ولانه زاد على قدر الجواب فيعتبر مبتدئا لا مجيبا لانه لو اراد الجواب
يكفي ان تعلقك كذا فهي طالق ثلاثا فلما لم يقتصر على ذلك جعله مبتدئا بالجزاء
عن الالغاء الزائدة ولا نسلم ان غرض الزوج يتعين في ارضائها جازما لان غرضه
كما يحتمل ارضاءها يحتمل ايحاشها ايضا لاعتراضها على الزوج في الامر الذي
احله الشارع فلا يلغى عموم اللفظ بالاحتمال ولو نوى غير المحلفة يصدق ديانة
لانه محتمل كلامه لان العام يحتمل الخصوص ولا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر
قوله وهو بطلاق غيرها اى ارضاؤها بطلاق غير المحلفة فيتقيد اى بتقييد
ارضاؤها به اى بطلاق غيرها **قوله** اعترضت عليه اى على الزوج فيما احله
الشرع اى الشيء الذي احله الشرع وهو التزوج **قوله** ومع التردد لا يصلح مقيدا
اى مع تردد الغرض في الايحاش والارضاء لا يصلح الغرض مترددا للارضاء بها
بطلاق غيرها والله اعلم **باب اليمين في الحج والصوم والصلاة** قدم هذا الباب
على اللبس لفضيلة العبادة واخره عن الباب المتقدم لقلة وقوع اليمين بالحج والصوم والصلاة
قوله ومن قال في الكعبة او في غيرها على المشي الى بيت الله او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة
ماشيا وقال محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول وهو في الكعبة
الكعبة على المشي الى بيت الله او الى الكعبة قال يلزمه اما حجة واما عمرة وقوله وهو في
من خواص الجامع الصغير وانما قيد في الكعبة لانه ايجاب الحجة او العمرة لما ثبت على المشي
الى بيت الله او الى الكعبة مجازا بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب صار كونه
في الكعبة وفي بقعة اخرى سواء فذاك لان المشي الى البيت سبب للوصول بالحج او
العمرة في الجملة فكانه قال على حجة او عمرة فاذا قال ذلك لزمه فكذا اذا قال على المشي الى
بيت الله ثم اذا اراد الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا فان ركب يلزمه
شاة واذا اراد العمرة يخرج الى التنعيم ونحوه ويحرم بالعمرة ثمة لان احرام المكي للعمرة
خارج الحرم ولم يذكر محمد انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشايخ فيه
قال بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت

الله

الله وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان
الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله اعلم ان ايجاب الحجة او العمرة بلفظ المشي
الى بيت الله او الى الكعبة ليس بقياس لان المشي امر مباح ليس بقربة واجبة
لا مقصودة في الاصل لان المقصود من المشي شيء اخر لا نفس المشي فكان القياس
ان يبطل النذر به ولهذا لو قال لله علي المشي الى البيت المقدس او الى المدينة لا
يلزمه شيء ولو قال علي المشي الى بيت الله وهو ينوي مساجد الله سوى المسجد الحرام — تسجدا من
لم يلزمه شيء وفي المسئلة في مختصر الكافي للحاكم الشهيد ولو قال عليه السفر الى
مكة او الذهاب اليها او الركوب اليها لا يلزمه شيء وهي والمشي والقياس سواء
الا انه اخذ في المشي بالاستحسان لان ايمان الناس عليه والقياس في تعارفهم
الاجماع متروك فصار تقدير الكلام لله علي حجة او عمرة ماشيا او لله علي ان احرم
بحجة او عمرة ماشيا والدليل على هذه التقدير ان صفة المشي لم تصدر
هذا قالوا اذا ركب يلزمه دم وانما بهذا لان المشي له فضل قربة بدليل ما روى
اصحابنا في كتبهم كشيخ الاسلام وغيره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم
قال واحدة بسبعمائة ثم اعلم ان مسائل هذا الفصل ثلاثة اوجه في وجه يلزمه
اما حجة واما عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شيء بالاتفاق وفي وجه اختلفوا
فيه اما الوجه الذي يلزمه بالاتفاق فهو ما اذا قال علي المشي الى بيت الله او
على المشي الى الكعبة او على المشي الى مكة وفي رواية النوادر الى بكة وكذا لو ذكر متعا
واما الوجه الذي لا يلزمه شيء فهو ما اذا قال لله علي الخروج الى بيت الله كذا اذا ذكر
لفظ السعي او السفر او الذهاب او الركوب او الاتيان لعدم العرف واما
الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا قال علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال
ابو حنيفة لا يلزمه شيء وقال صاحباه يلزمه اما حجة او عمرة وجه قولهما ان الحرم
او المسجد الحرام يشتمل كل واحد منهما البيت فاذا ذكر البيت يلزمه فكذا اذا ذكر
ما يلزمه ووجه قول ابي حنيفة ان لفظ المشي ليس ما ينبئ عن الحج او العمرة لان
في النذر بالمشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة ثبت الحكم بالاجماع خارجا

عن القياس فبقي الباقي على اصل القياس لعدم العرف ولهذا لو قال لله على المشي الى الصفا او الى المروة او الى باب بني شيبة لا يلزمه شئ بالاتفاق قوله وان شاء
اراق دما وذلك لما قال محمد في الاصل بلغنا عن على ابن ابي طالب انه قال من
جعل الحج على نفسه ماشيا ركب وذبح شاة قوله التزم ما ليس بقربة واجبة
ولا مقصودة في الاصل اراد به المشي وانما هو في الاصل مباح وليس فيه معنى
القربة وانما كونه قربة باعتبار المعارض من حيث انه سبب للوصول الى اداء
العبادة فلم يكن مقصودا في الاصل فلما لم يكن القربة مقصودا في المشي كان ينبغي
ان لا يلزم بالنذر كالطهارة لا يلزم بالنذر لانها ليست بقربة مقصودة
لكن تركنا القياس فوجب الحجة او عمرة استحسانا بالعرف قوله وقد ذكرنا في
المناسك اى قبيل كتاب النكاح قوله فصار ذكره كذكره اى ذكر كل واحد من
الحرم او المسجد الحرام كذكر البيت قوله بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه
اى عن البيت يعني انهما ليسا بمشتملين على البيت بل هما منفصلان عنه فلم
يكن ذكرهما كذكره قوله ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ اى لا يمكن ايجاب
التزام الاحرام باعتبار حقيقة المشي لان اللفظ لم يوضع عليه والعرف ايضا
منتف في قوله لله على المشي الى الحرم او المسجد الحرام فلما انتفت الدلالة على الايجاب
حقيقة وعرفا امتنع الايجاب اصلا قوله ومن قال عبدي حر ان لم احج العام
فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام في الكوفة لم يعتق عبده وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وهذه من خواص الجامع الصغير قال صاحب
المختلف بعد ما ذكر قول ابي حنيفة مع ابي يوسف لم يذكر في الجامع الصغير
قول محمد ابي يوسف والفقيه ابو الليث ايضا لم يذكر قول ابي يوسف في شرح الجامع
الصغير وجه قول محمد ان الشاهدة على الاثبات تقبل وهذه شهادة على
الاثبات فتقبل وانما قلناه لانهما شهدا باثبات تضحيته هذا العام بالكوفة
يلزم من عدم حجة هذا العام فيعتق العبد لتحقق الشرط وهو عدم الحج ولان
هذه الشهادة يلزم منها ثبوت العتق فكانت على الاثبات بمعنى فتقبل الشهادة
شهادتهما لقيامها على الاثبات لفظا ومعنى ولان الشهادة على النفي انما

لا تقبل

لا تقبل لو قوعها عن غير علم كما اذا شهد انه لم يحج هذه السنة حيث لم تقبل الشهادة
بالاتفاق لانه لا يدرى ايهما شهدا عن علم ام بنيا الامر على ظاهر العدم اما
وقعت الشهادة عن علم والشئ مما يعلم ويحاط تقبل الشهادة على النفي وفيما
نحن فيه كذلك لان التضحية لما ثبتت بالكوفة السنة انتفى الحج هذه السنة
ضرورة يدل على هذا ما ذكره في السير الكبير شاهدان شهدا على رجل انا
سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امراته والرجل
يقول انما وصلت به قول النصارى يعني قلت المسيح ابن الله قول النصارى
قال ان الشهادة مقبولة لان ذلك مما يحاط ويعلم ولهما ان الشهادة على النفي
ليست بمقبولة لانه لا علم للشاهد بذلك وهذه شهادة على النفي ولئن قال
الشهادة على التضحية وهي اثبات ثم من ضرورتها يلزم عدم الحج ضمنا وضمنيات
لا تعلل قلنا الشهادة على الاثبات انما تقبل اذا كان مما تدخل تحت القضا
والتضحية لا تدخل تحت القضا فلا تقبل الشهادة عليها وذلك لانها لا مطلب
لها من جهة العباد فلا تدخل تحت القضا لانها ان كانت تطوعا فظاهر وان
كانت واجبة فالقاضي يجبر عليها فثبت عدم المطالبة فلما انتفت الشهادة
على التضحية ثبت انها قامت على نفي الحج والشهادة على نفي الحج لا تقبل لما قلنا
فبعد ذلك لا يفرق بين نفي ونفي بان يقال تقبل فيما اذا كان المنفي مما يعلم
ويحاط ولا يقبل في كل النفي تيسيرا ودفعا للحرج عن الناس وهذا اذا ادعى
رجل على رجل انه غصبه او جرحه يوم كذا فشهد شاهدان ان هذا الرجل في
ذلك اليوم كان في مكان كذا وكذا لا تقبل شهادتهما لان مقصودهما انه لم يجرح
ولم يغصب ومسئلة السير قامت الشهادة على امر ثابت معاين وهو السكوت
عقيب قوله المسيح ابن الله فلا يرد علينا نقضا قوله ومن حلف لا يصوم فنوى
الصوم فصام ساعة ثم افطر من يومه حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة وانما حنث بصوم ساعة لوجود حقيقة الصوم الذي هو شرط الحنث
لان الصوم هو الامساك عن المفطرات الثلاث مع النية في وقته وقد وجد
ذلك فاذا انتقضت الصوم من بعد لم ينتقض الحنث لان الحنث لا يكون بتر

حنث بخلاف ما اذا قال لا يصوم يوما وهي مسئلة الاصل لا يحنث ما لم يصم
من اول النهار الى اخره لانه وقت فما لم يوجد صوم ذلك الوقت لا يحنث وفيما
نحن فيه لم يوقت فوقع على القليل والكثير وكذا اذا قال لا اصوم صوما لا يحنث
ما لم يصم صوما كاملا وهي مسئلة شرح الطحاوي لانه يراد به الصوم المعتبر شرعا و
عرفا وذلك بصوم يوم كامل قوله ولو حلف لا يصلي فقام وركع لم يحنث وان سجد
مع ذلك ثم قطع حنث وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ذكر فيه القياس
والاستحسان في الاصل قال لا يحنث حتى يصلي ركعة وسجدة استحسانا والقياس فيه
ان يحنث وجه القياس الاعتبار بالصوم فان في الصوم يحنث بمجرد الشروع
فكان ينبغي ان يكون هنا كذلك الا ترى ان الناظر اليه يسميه مصليا حين
افتتح الصلاة ووجه الاستحسان ان ما قالوا في شروح الجامع الصغير ان
الصلاة تشتمل على افعال المختلفة من التكبير والقيام والركوع والسجود فما لم
يات بجميعها لم يحنث بخلاف الصوم فانه عبارة عن الامساك فاذا وجد مجرد
الامساك حنث قال الفقيه لا فرق بينهما في الحاصل لان في الصوم اذا صام
ساعة فبعده تتكرر من جنس ما مضى واذا صلى ركعة فبعده تتكرر من جنس
ما مضى فصار صوم ساعة بمنزلة صلاة ركعة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي
صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد بالصلاة في العرف الصلاة المعتبرة
شرعا وادنى ذلك ركعتان لورود النهي عن البتيراء مما يدل على ان الصلاة لا
تكون اقل من ركعتين لكن يكون مصليا بركعة قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت
لهم الصلاة فسمى الركعتين صلاة ثم قال ولتات طايفة اخرى لم يصلوا فليصلوا
معك فسماهم مصلين ركعة واحدة قلت لقايل ان يقول ينبغي ان لا يحنث
بمجرد اتيان الركعتين ما لم يات بالقعدة لان الصلاة لا تكون معتبرة بدون
القعدة شرعا قال في التحفة ولو حلف لا يصلي الظهر لا يحنث ما لم يقعد القعود
الاخيرة لان صلاة الظهر مقدرة بالاربع رجل قال لعبده ان صليت
ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة
الاولى كذا في خلاصة الفتاوى لانه في الصلاة الاولى لم يصل ركعة لانها بتيرا

بخلاف

بخلاف الثانية قوله للنهي عن البتيراء قال صاحب المغرب البتيراء تصغير البتراء تانيث
الابتر وهو في الاصل المقطوع الذنب ثم جعل عبارة عن الناقص باب اليمين في
لبس الثياب والحلي وغير ذلك قدم باب اللبس على باب القتل والضرب لكثرة
وجوده او لكونه مشروعا بخلاف قتل فلان وضربه قوله ومن قال لامراته
ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجه فلبسه
فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى يغزله من
قطن ملكه يوم حلف وهذه من خواص الجامع الصغير لهما ان اليمين
لا يصح الا في الملك او مضافا الى سبب الملك والغزل واللبس ليسا من
اسباب الملك فلا يصح اليمين في حق القطن الذي اشتري بعد الحلف
وهذا هو القياس ولابي حنيفة ان العادة الفاشية بين الناس ان
المراة تغزل من قطن زوجها الا نادرا ومبنى الايمان على العرف والعادة فتكون
اليمين مقيدة بالعادة فكانه قال ان لبست من غزلك من قطن املكه فلو
قال هكذا يتناول القطن الحادث فكذا هذا ولا نسلم ان الغزل من اسباب
الملك الا ترى ان من غصب قطن انسان وغزله يملكه بالضمان ولهذا
يحنث بلبس القطن المغزول المملوك يوم النذر مع ان القطن المملوك لديه يوم
النذر وليس بمذكور وقت اليمين لكنه اريد ذلك بدلالة العادة فكذا
في المشتري وكانت الاضافة الى غزلها اضافة الى ملكه عادة ثم الهدي اسم
لما يهدى الى مكة اي ينقل اليها للتصدق ثم اذا نذر ان يهدي ثوبا جاز
له ان يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم ولو نذر ان يهدي شاة لا يجوز
الا ان تذبح بمكة ويتصدق به ولو تصدق بها حيا لا يجوز ولا يكون هديا حتى
يذبح ثم اذا سرق لا شيء عليه كذا ذكره صاحب الاجناس وذلك لقوله تعالى ثم محلها
الى البيت العتيق ثم اذا نذر بما لا ينقل كالعقار يكون نذرا بالقيمة لتعذر نقل
العين قوله وذلك سبب لملكه اي الغزل سبب لملك الزوج قوله ولهذا يحنث
ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه وقد انكشف بيانه فيما ذكرنا قوله ومن حلف
لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث وهذه من مسايل الجامع المعادة وانما الصغير

يحنث بخاتم فضة لانه ليس من الحلي بل الحل استعماله للرجال فلو كان حليا حرم
عليه كما يحرم سائر الحلي كالسوار والخلخال والقلادة والقرط فانه يحنث
بلبس كل واحد منها وان كانت فضة لانه لا يحل استعماله للرجال فكان حليا
قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وان كان الخاتم مما يلبسه
النساء يجب ان يحنث كذلك قال بعضهم وقيل لا عبرة بالعادة بل لا يحنث الا في خاتم
فضة قالوا في شرح الجامع الصغير فان كان الخاتم من ذهب يحنث لانه حلي لانه يحرم
للرجال لبسه الحلي في اللغة كل ما لبس من ذهب او فضة او جوهر كذا قال صاحب
الجمهرة لكن لم يقل بان خاتم الفضة حلي لعرف الناس واطلاق الشرع للرجال قوله ولو
لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة قالا يحنث وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة وصورتها فيه وان حلف لا يلبس حليا فلبس لؤلؤا قال لا يحنث الا
ان يكون معه ذهب فيحنث قال محمد وكذلك الفضة وقال ابو يوسف ومحمد اللؤلؤ حلي
لهما قوله تعالى ويستخرجون منه حلية تلبسونها بيانه ان المستخرج من البحر هو اللؤلؤ غير
مرصع وقد سماه الله حلية بكسر الحاء وجمع الحلي حلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء
وجمع الحلية بالكسر والضم وقد جاء ضم الحاء في قليل الاستعمال كما جاء في حلي جمع حلية
ضم اللام ايضا ولابي حنيفة ان التحلي باللؤلؤ لم يجر في عرف الناس الا مرصعا فلا
يعتبر اللؤلؤ وحده حليا فلا يحنث بلبسه وهذا لان مبنى الايمان على العرف لا على
اللفظ القرآن الا ترى لو حلف لا يجلس في السراج فجلس في الشمس لا يحنث وان كان
قال الله تعالى وجعل الشمس سراجا يؤيده ما قال الله تعالى وجعل الشمس سراجا يؤيده
ما قال الله تعالى في الادلة وهي ومن كل تأكلون لحما طريا فالذي حلف ان لا يأكل لحما
اذا اكل لحم السمك لا يحنث لعادة الناس وان سمي في القرآن لحما فكذا في اللؤلؤ على انا
نقول ان الله تعالى سماه حلية مجازا باعتبار المال قال فخر الاسلام البزدوي في شرح
الجامع الصغير قيل قياس قوله لا باس ان يلبس الغلمان اللؤلؤ وكذلك الرجال و
قاس ابو حنيفة اللؤلؤ بالذهب والفضة لانه لا يكون حليا الا بصيغة تخالف بالذهب
لكن اللؤلؤ لا يكون حليا الا بالترصيع قال الصدر الشهيد فعلى هذا اذا علقت المراة
في عنقها شيئا من الذهب غير مرصع لم يحنث قال صاحب المختلف قيل هذا اختلاف

زمان

زمان كان لا يتحلى به في زمانه وحده وفي زمانهما كان يتحلى به وحده وقال
الفقيه ابو الليث كل واحد منهم قال على عادة زمانه وقال صاحب الهداية يفتى
بقولهما واعتبر عادة زماننا والترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجوهر كذا ذكره
الجوهري وغيره قوله ومن حلف لا ينام على فراش فنام وفوقه قرام حنث وهذه من مسائل
القدوري الى اخر الباب ذكر مسئلة النوم على الفراش بعد لبس الحلي لان كلا منهما من
اسباب التنعم اعلم ان الاصل هذا ان الشيء اذا كان فوق شيء فان كان الاعلى
يصلح ان يكون اصلا بنفسه مقصودا كالجلوس والنوم اليه لا الى الذي تحته وان
الاعلى تبعا يضاف الى ما تحته فبعد ذلك يقول اذا احلف لا ينام على الفراش قراما
فنام على القرام يحنث لان القرام يستعمل تبعا للفراش فيعد النائم عليه نائما على الفراش
اما اذا جعل على الفراش المحلوف عليه فراش اخر فنام على الفراش الاعلى الذي ليس
بمحلوف عليه لا يحنث لان الاعلى مثل الاسفل فلا يكون تبعا له فيقطع الاعلى
نسبة النوم الى الاسفل وهذا هو الظاهر الرواية عن اصحابنا وهي رواية الجامع
الكبير قال صاحب المختلف قال ابو يوسف في الامالي يحنث لانه نام عليهما ويقال
في العرف ايضا نام على الفراشين واراد بقوله القرام على فراش معين بدليل قوله
وان جعل فوقه فراش اخر فنام عليه لا يحنث فلو كان المراد منه منكرا يحنث لانه
نام على فراش القرام الستر الرقيق كذا في الجمهرة قوله ومن حلف لا يجلس على الارض
فجلس على بساط او حصير لم يحنث وذلك لان البساط او الحصير اصل بنفسه
فلا يكون تابعا للارض فيقطع البساط او الحصير كنسبة الجلوس على الارض ولهذا
يسمى الجالس على البساط او على الحصير جالسا على الارض عرفا الا ترى انهم
يقولون اجلس على الحصير ولا تجلس على الارض بخلاف ما اذا حال ثيابه حائلا
فجلس على ذيله حيث يحنث لانه يعد جالسا على الارض ولا يجعل الذيل حائلا
لكونه تابعا للجالس حال بينه وبين الارض ثيابه اي صار لباس الحالف
حائلا اي حاجزا بين الحالف وبين الارض قوله ولو حلف لا يجلس على سرير
فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث وذلك لان الجالس على بساط
فوق السرير يسمى جالسا على السرير الا ترى انهم يقولون جلس الامير على

السرير وان كان فوق السرير بساط فيعد ذلك تابعا للسرير بخلاف البساط
على الارض حيث لا يعد دون الجالس على البساط جالسا على الارض
بخلاف ما اذا جعل على السرير المحلوف عليه سريرا اخر فجلس على الاعلى لا يحنث
لان الاعلى مثل الاسفل فلا يكون تابعا للاسفل وفرق ابو يوسف بين
هذا وبين اذا نام على فراشين بالعرف لانه يقال نام على فراشين ولا يقال
جلس على سريرين وان كان احدهما فوق الاخر وكذلك الحكم في الدكان او
السطح اذا بسط عليه بساطا فجلس عليه يحنث فاذا بنى دكانا فوق ذلك
الدكان المحلوف عليه او جعل سطحا اخر فوق ذلك السطح المحلوف
عليه فجلس على الاعلى لا يحنث لان الاعلى يقطع النسبة عن الاسفل
الا ترى ان الصلاة على سطح الاسطبل والكنيف مكروهة ولو بنى على ذلك سطحا
اخر لم يكره عليه الصلاة لذا قال ابو المعين النسفي في شرح الجامع قال الحاكم
الشهيد في الكافي فان حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث فان
حلف على بساط لم يحنث وان مشى على ظهر اجار حنث لانه من الارض والله اعلم
باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك قوله وان قال ان ضربتك فعبدي حر
فهو على الحيوة وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد يعقوب عن
ابي حنيفة في رجل قال لاخر ان علمتك فعبدي حر فهذا على الحيوة وكذلك الكسوة
والكلام ودخول اما الغسل فانه لا يختص بالحياة لانه تحقق صورته ومعناه في
الميت لان صورته هي اسالة الماء على العين وهي تحصل في الميت كما تحصل في الحي
الحي ومعناه التطهير وازالة الدرن وذلك يتحقق في الميت لان المراد بالضرب
الايلام والايجاع والميت لا يتالم فلا يسمى ضربه ضربا ولا يلزم على هذا عذاب
القبر فان الله تعالى يخلق فيه حياة بقدر ما يحس بالالم وليس للعبد تلك
القدرة واما الكسوة فعبارة عن تمليك الثوب في لغة العرب والميت ليس باهل
للتمليك الا ترى الى قوله تعالى او كسوتهم فلو انه كسا اموات عن كفارة يمينه لم
يجزه لعدم التمليك يؤيده ان الرجل لو قال كسوتك هذا الثوب يصير هبة
قال الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي ان يحنث لان هذا اللفظ

بالفارسية

بالفارسية يراد به اللبس ولا لو كانت يمينه يراد به التمليك واما الكلام فلانه
وضع في غير موضعه فلا يعتبر كما اذا كلم فلانا وهو غايب لا يحنث ولان المقصود
من الكلام الافهام والميت ليس باهل الفهم الا ترى الى قوله تعالى انك لا تسمع الموتى
والى قوله تعالى وما انت بمسمع من في القبور فان قلت حيا في الخبر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال يوم البدر قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقا فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقيل
يا رسول الله انهم يسمعون قال نعم يسمعون كما تسمعون قلنا انما اراد بهم انهم يعلمون
ان الذي قلت لهم حق واما الدخول فلا يراد به الزيادة الا ترى انه لا يقال دخل على
دابة او دخل على حايط فلما لم يكن الدخول على شيء دخولا عليه اذا لم يكن من اهل
لم يحنث في يمينه لا يدخل على فلان اذا دخل عليه بعد الموت وهذا لان زيارة الميت
لا يكون لان المرور قبره لا عينه الا ترى قوله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم
عن زيارة القبور الا فزوروها قال في شرح الطحاوي الاصل في هذا ان كل فعل يلذ
ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحيوة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول
عليه فان قلت يرد على ما ذكرت قبل هذا ان المراد بالضرب بالايلام قوله تعالى وخذ بيدك
ضغثا فاضرب به ولا تحنث والضغث في اللغة ما جمعته بكفك من نبات الارض
فانتزعته قال الشاعر وجمعت ضغثا من خلا متطيب كذا قال صاحب الجمهرة وبهذا
لا يحصل الايلام وروي ايضا في التفسير هو الحزمة الصغيرة من حشيش او ريحان قلت
قد روي عن ابن عباس ان الحزمة قبضة من الشجر فعلى هذا لا يتحقق نفي الايلام اصلا
في ضرب ايوب امراته فلا يرد علينا وقد روي في الكشاف عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه اتي بمخدج قد حبث بامة قال خذوا عثكالا فيه شمراخ فاضربوه بها ضربة
ولئن تحقق عدم الايلام في الضرب ايوب فنقول ذاك ثبت رخصة في حقه خاصة
حيث حلل الله يمينه باهون شيء لرضاه عن امراته وحسن خدمتها اياه وكلامنا في العزيمة
فلا قياس على ما ثبت رخصة بخلاف قياس غيره قال في الشامل في قسم المبسوط
حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه مرة ان اصاب كله جسده
لا يحنث والا يحنث واستدل بالاية المذكورة قوله ومن يعذب في القبر فيحتاج فيه
الحيوة في قول العامة جواب سوال مقدر لانه يحتاج بيانه فيما قررناه احترز بقوله عن قول

العامة من قول الكرامية والصالحية فانهم لا يشترطون الجلوة شرطا للتعذيب
وقد عرف فى كتب الكلام قوله ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او
خنقها او عضها حنث وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وكذلك اذا
قرصها او وجاها ذكره فى الاصل وقال بعض مشايخنا ينبغى ان لا يحنث لانه
لا يتعارف ضربا فاجابوا وقالوا ان الضرب اسم لفعل مؤلم متصل اثره
بالمضروب فيؤلم قلبه فيحنث لوجوده فى هذه الاشيا قال فخر الاسلام البزدوى
فى شرح الجامع الصغير هذا اذا كان فى الغضب فاما اذا كان بالملاعبة فضربها
براسه خطامة الفها فادماه والهم يحنث لانه لا يعد ضربا ونقل فى
التتمة والفتاوى الصغرى عن الفقيه ابى الليث قال هذا فى العربية اما اذا
كانت بالفارسية لا يحنث يعنى بدون الشعر والخنق والعض ونقل فى خلاصة
الفتاوى عن المنتقى اذا حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه واصاب وجهه
او رماه بحجر او نشابة فاصاب لا يحنث قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامراته
طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعادة اعلم انه اذا حلف على قتل فلان وهو عالم بموت فلان ينعقد يمينه
لتصور البر لانه اذا حلف وهو عالم بموته عقد يمينه على حيوة يحدثه الله تعالى
وهو ممكن بالنظر الى قدرة الله تعالى لكنه يحنث فى الحال فيجب عليه الكفارة
لعجزه عادة عن قتله بخلاف ما اذا لم يعلم بموته حيث لا ينعقد يمينه ولا يحنث
لانه انصرف يمينه الى الحياة القايمة فيه وهى منعدمة فلما لم يتصور البر
لم يتصور الحنث وعند ابى يوسف يحنث كما قال فى مسئلة الكوز لان تصور البر
ليس بشرط عنده وقد مر تقرير ذلك فى مسئلة الكوز فى باب الاكل والشرب
قوله وهو عالم به اى بموت فلان وهى من جملة حالية اى احدث الحيوة
فى فلان متصور قوله للعجز العادى هو منسوب الى العادة والاصل ان الاسم
الذى فى اخره تاء التانيث اذا نسب يحذف منه التاء كما يقال فى بصرة بصرى
وفى كوفة كوفى وقد عرف فى موضعه قوله وليس فى تلك المسئلة تفصيل العلم
اى فى مسئلة الكوز وهى ما اذا قال ان لم اشرب الما الذى فى هذا الكوز اليوم فامراته

طالق

طالق وليس فى الكوز ما لم يحنث سواء علم عدم الما فى الكوز او لم يعلم بخلاف قتل
فلان اذا علم بموته يحنث فاذا لم يعلم لا يحنث والفرق قد حققناه فى مسئلة الكوز
قوله هو الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق فانهم قالوا فى مسئلة الكوز هذا اذا
لم يعلم اى عدم الحنث عند ابى حنيفة رح ومحمد فيما اذا لم يعلم بعدم الما فى الكوز فاما
اذا علم فيجب ان يصح يمينه فيحنث نقل قولهم فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع
الصغير باب اليمين فى تقاضى الدراهم اخر هذا الباب لكون الدراهم من الوسايل
لا المقاصد وتخصيص الدراهم بالذكر دون الدنانير لكثرة استعمالها بين الناس
مُقاضى الدين بمعنى استقضا به وهو طلب قضايه فلما كان التقاضى مسببا
لقضا الدين وقبضه يرجع به قوله ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو
ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر وهذا لفظ القدورى فى مختصره و
قال الشافعى لا حد لذلك كذا فى شرح الاقطع وهذا فيما اذا لم ينو اما اذا نوى فهو
على ما نوى بدليل ما ذكره فى الاجناس قال لو حلف وقال والله لا اكلمك قريبا فهو
على اقل من شهر بيوم ثم قال قال ابو حنيفة اى نوى اكثر من شهر بيوم ثم قال قال ابو حنيفة اى
نوى اكثر من شهر بدين فى القضا نقله عن كتاب الايمان املا رواية ابى سليمان و
قال فى الفتاوى الولوالجى لو قال لاعطيك حقك عاجلا فهو بنوى وقتا فهو على ما نوى و
ان نوى سنة لان الدنيا كلها قريب عاجل ثم اذا لم يكن له نية يراد بالقريب ما دون
الشهر وبالبعيد الشهر فما فوقه بناء على استعمال الناس لانهم يعدون ما دون
الشهر قريبا ولهذا يجعلون فى المعاملات ادنى الاجال شهرا فان قال ما من زمان الا
وهو قريب بالاضافة الى ما هو فوقه وبعيد بالاضافة الى ما هو دونه فلم يدل
دليل على ارادة البعض دون البعض قلت لا نسلم عدم الدلالة وكيف يقال
ذلك والعرف دليل عليه ويجب فى الايمان ان يحمل اللفظ على ما يعرف فى العرف
ولا تعتبر الاضافة لانه يلزم الجمع بين المتنافيين وذلك فاسد قوله
ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم فلان بعضها زيوفا او نبهرجة | وجد
او مستحقة لم يحنث الحالف وهذا لفظ القدورى فى مختصره وتمامه فيه وان
وجد رصاصا او ستوقة حنث وذلك لان الزيوف والنبهرجة من جنس

الدراهم ولهذا يجوز احدهما في يمين الصرف فيبر باليمين بهما سواء حلف على
القبض او على الدفع ولذلك قبض الدراهم المستحقة صحيح ولهذا لو اجاز
المالك جاز ولو ضمن له الدفع جاز فبعد ذلك اذا الزيف او النبهرجة او
استحق والمستحق انتقض البيع في حق حكم تقبل الانتقاض والبر لا يقبل
الانتقاض الا ترى ان مولى المكاتب اذا قبض بدل الكتابة بسبب انه
زيف او نبهرج او استحق واستبدل بالاستحقاق لا ينتقض العتق فكذا هنا
بخلاف ما اذا كانت الدراهم المقضية رصاصا او ستوقة حيث يحنث اذا
خرج اليوم ولم يستبدل الجياد في اليوم لان القضاء لم يقع بها لانها ليست من جنس
الدراهم ولهذا لا يجوز اخذها في ثمن الصرف ولهذا لو وجد مولى المكاتب بدل
الكتابة رصاصا او ستوقة لا يعتق المكاتب كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي
وغيره في شرح الجامع الكبير والزيف ما زيفه بيت المال ولكن يروج بين التجار
والنبهرج ما نبهرجه التجار والستوقة فارسية
معربة ومعناها ثلاث طاقات لانها صفر مموهة من الجانبين بالفضة قوله
ولهذا لو يجوز بها صار مستوفيا حقه يقال زافت عليه دراهم اي صارت مردودة
لغش فيها وقد زيفت اي ردت ودرهم زيف وزائف ودراهم زيوف وزيف و
قياس مصدره الزيوف فاما الزيافة فمن لغة الفقها كذا قال صاحب المغرب قوله
وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه اي بالحالف المديون رب الدين بالدراهم
التي لرب الدين على الحالف عبدا وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يقول ان لم اقض دراهمك التي لك علي فعبدي حر فيبيعه بها
عبدا ثم يقبضه قال قد قضاه وقد بر وان وهبها له لم يبر وذلك لان قضاء
الدين بالمقاصة وقد حصلت المقاصة فيحصل القضاء فيبر في يمينه بيانه ان
حق الرب الدين في الدين لا في العين والقضاء لا يتحقق في نفس الدين لانه وصف
ثابت في الذمة ولكن ما يقتضيه رب الدين من العين يصير مضمونا عليه لانه قبضه
على وجه التملك لنفسه وكان دينا عليه للمديون ولرب الدين على المديون مثله
بالتقى الدينان قصاصا وهذا معنى قول اصحابنا الديون تقضى بامثالها لا باعيانها

ع

٣٢

ثم قضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الداين العبد او لم يقبض ولكن قبل القبض
في رواية الجامع الصغير وقع لينا كد البيع بالقبض لان البيع اذا هلك
قبل القبض ينفسخ البيع لكن لا يرتفع البر لانه لا يقبل الانتقاض هذا الذي
قلنا في البيع الصحيح اما في البيع الفاسد اذا قبض العبد فان كان في قيمته وفا
بالحق بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة الى هذا اشار الولوالجي في فتاواه قال محمد
فان وهبها له لم يبر اي وان وهب الداين دراهم الدين للمديون لم يبر لان شرط
البر القضاء ولم يوجد لعدم المقاصة ولان القضاء فعل المديون والابراء والهبة
فعل الداين بالابرا فلا يكون فعل احدهما فعلا للاخر فلا يبر المديون بفعل الداين
قال بعضهم في شرحه نافلا عن الفوايد الظهيرية اذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما
لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات اليمين جهة في بطلان اليمين على ما عرف
في مسئلة الكوز ولنا فيه نظر لانه يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد لانه
لان البر نقيض الحنث فمن وجود احدهما يلزم ارتفاع الاخر ومن ارتفاع احدهما
يلزم وجود الاخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعا وفي مسئلة الكوز لا يخلو اما ان يكون
اليمين موقتة بذكر اليوم او مطلقة عن ذكره فان كانت موقتة لا يحنث عندهما
سواء كان فيه الما فاهريق قبل الليل او لم يكن فيه الما اصلا ولا يقال انه لا يحنث و
لا يبر وان كانت مطلقة فان لم يكن فيه ما اصلا ولا يقال انه لا يحنث ولا يبر وان
كانت مطلقة فلم يكن فيه ما اصلا لم يحنث عندهما كما اذا ذكر اليوم لعدم تصور
البر وان كان فيه ما فاهريق قبل الليل حنث بالاتفاق لان البر وجب عليه في الحال
ففوات المحلوف عليه حنث وقد مر تقرير ذلك وصاحب الهداية بين مسئلة
الجامع الصغير وهذا اشار بقوله لكانه شرط القبض لتحقق بره وفي الجامع الصغير
لم يذكر اليوم ثم لما حصلت الهبة فات البر الواجب عليه بقضاء الدين في الحال
فيحنث لا محالة بخلاف ما اذا ذكر اليوم بان قال لاقضين دينه اليوم كما في مسئلة
القدوري ولم يذكر فيها الهبة ومع هذا اذا وهب الداين الدين في اليوم لا يحنث
وهي مذكورة في خلاصة الفتاوى وغيرها لان البر يجب عليه في الجز الاخير
من اليوم وعند ذلك فات المحلوف عليه كما في مسئلة الكوز اذا ذكر اليوم فاهريق

التعليق
الما قبل الليل لم يحنث عند هما لكن لا يقال لم يبرما فهم حتى يتخلص عن ورطة
الا ترى الى ما قال الكرخى فى مختصره ولو كان الطالب حلف لياخذن ماله او
ليقبضن او ليستوفينه ولم يوقت فابراه من المال او وهبه له حنث فى يمينه لان
الهبة والبراة ليست باخذ ولا قبض ولا استيفا ولو كان وقت وقتا فقال اليوم او
الى كذا وكذا فابراه قبل ذلك او وهب له لم يحنث عند ابى حنيفة ومحمد اذا جاوز ذلك
الوقت فيحنث عند ابى يوسف الى هنا لفظ الكرخى **قوله** وكان شرط القبض ليتقرر به
اى كان مجرد ان شرط القبض ليتقرر البيع بالقبض **قوله** وان وهبها اى وهب
دراهم الدين للمديون **قوله** ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه
لم يحنث وهذا لفظ القدورى فى مختصره قال فى الجامع الكبير اذا كان لرجل على
رجل ماية درهم فقال عبدى حر ان اخذ تها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ
منها خمسة ولم ياخذ ما بقى حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة
قبض
على التفريق فكانه قال ان اخذت المائة متفرقة فلو قال هكذا لم يحنث ما لم يوجد
ام
الكل بصفة التفريق فاما اذا اخذ الكل مجتمعا وقبض البعض متفرقا لم يحنث لانعدام
شرط الحنث ولو قال ان اخذت منها اليوم منك درهما دون درهم فاخذ خمسة
دراهم ولم ياخذ ما بقى حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة
متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد شرط الحنث فيحنث **قوله** لان الشرط قبض
الكل اى لان شرط الحنث قبض كل الدين متفرقا **قوله** الا ترى ايضا لكون الشرط
يحنث
قبض الكل لانه اضاف القبض الى دين معروف حيث قال لا يقبض دينه **قوله** فلا
الا به الا بالشرط المذكور فهو قبض الكل متفرقا **قوله** فان قبض دينه فى وزنين لم يتشاغل
بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث هذا الذى ذكره القدورى استحسانا والقياس ان يحنث
قبض
كذا ذكر الشيخ ابو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير وذلك لان شرط الحنث
اخرى
الكل متفرقا وقد حصل ذلك لانه لما وزن خمسين ندفعها اليه ثم وزن خمسين
ندفعها اليه حصل قبض الكل بصفة التفريق لا محالة ولكنه لا يحنث فى الاستحسان
لان الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة فيقولون قبض فلان حقه
دفعة واحدة والمعنى الجامع الموجب للاتحاد وهو المجلس موجود ولان المال لما كان

يمكن

لا يمكن قبضه جملة الا بهذا الطريق فصار هذا القدر من التفريق مما لا
يمكن الامتناع منه فيجعل مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لانه قصد كل حالف عن
اليمين البر لا الحنث ولهذا لو حلف لا يلبس ثوبا وهو لابسه فاخذ فى النزع
كان زمان النزع مستثنى ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ
فى النقلة كان زمان النقلة مستثنى واوضح محمد المسئلة فى سوديات فقال الا ترى
ان الدين لو كان شيئا عدديا فجعل يعد عشرة عشرة او ماية ماية ويدفعها اليه
لا يحنث ويعتبر قابضا جملة والمعنى كون الامتناع عنه غير ممكن **قوله** وان كان الامائة
فامراته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث وهذا من خواص الجامع الصغير
يحنث
وذلك لان شرط الحنث ملك ما زاد على المائة فلم يوجد الشرط فيما دون المائة فلا
ولانه استثنى المائة فيكون مستثنى للخمسين ضرورة لان استثناها لا يكون الا بجميع
اجزائها والخمسون من اجزائها وكذا اذا كان سوى مائة او غير مائة لان كلا منهما
يودى معنى الاستثناء حكما **قوله** المسايل المتفرقة اى هذه المسايل قد جرت عادة
المصنفين ان يذكروا ما شذ من المسايل فى كل كتاب فى اخر ابوابه استدراكا له
فلذلك قال صاحب الهداية مسايل متفرقة **قوله** ولو حلف لا يفعل كذا تركه ابدا
حنث
وهذا لفظ القدورى فى مختصره وتمامه فيه وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة
مطلقا
بر فى يمينه اما فى الصورة الاولى فانما لزمه النزول ابدا لانه نفى فعل ذلك الشئ
النكرة
ولم يقيده بوقت دون شئ فيجب الامتناع عنه ضرورة عملا باطلاق اللفظ ولان
اذا وقعت فى موضع النفى تعم ضرورة وههنا وقعت فتعم لان كل فعل يدل على
على
مصدر نكرة اما دلالته على المصدر فظاهر لانه لا يدل على الحدث واما دلالته
لك
النكرة فلكونها هى الاصل واما المعرفة معارض ثم عموم النكرة فى موضع النفى فى مثل قو
ما رجلا ضرورة انك بقية الرواية عمن يتناوله اسم شايع فى الجنس ولاذلك الا
بعموم النفى جميع الرجال ولهذا لو قلت ما رايت رجلا الا زيدا او بكرا او خالدا صح
الاستثناء فلولا العموم لم يصح الاستثناء فلما ثبت العموم فى نفى الفعل فى مثل قوله
الاوقات
لا يزنى او لا يشرب او لا يسرق تركه ابدا فاذا فعل بوجه من الوجوه فى وقت من
حنث وليس كذلك اذا حلف على الاثبات مثل قوله ليصلين او ليصومن او ليحجن او

لتصف قن فانه اذا وجد منه فعل ذلك الشيء مرة واحدة بر في يمينه لان النكرة
في موضع الاثبات فيختبر بادنى ما يطلق عليه اسم المحلوف عليه مختارا او مكرها
او ناسيا او بطريق الوكالة او بفوت المحلوف عليه وهو محل الفعل كما اذا حلف لاكلن
هذ الرغيف او لاتين البصرة فما دام الحالف والمحلوف عليه قايمين لا يحنث
لتصور البر وهو الفعل مرة في العمر فاذا هلك احدهما حنث لترك البر كذا قال
صاحب التحفة ويجب عليه الكفارة ويوصي بها اذا كان الهالك هو الحالف ومعنى
قوله لا يفعل كذا تركه ابدا فيما اذا كانت اليمين مطلقة اما اذا كانت موقتة بزمان
كاليوم والشهر بتوقت يمينه بذلك اليمين فبعد ذلك ينحل ولا يلزمه ترك الفعل بعد
ذلك الزمان واما التوقيت في الاثبات كقوله والله لاكلن هذ الرغيف اليوم فانه لا
يحنث مادام الحالف والمحلوف عليه قايمين واليوم باق اما اذا مضى اليوم يحنث وان
كانا قايمين لفوات البر بفوات الوقت المعين واما اذا هلك الحالف قبل مضي اليوم
لا يحنث بالاتفاق وان هلك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم اجمعوا انه
لا يحنث في الحال فاذا مضى اليوم اختلفوا قال ابو حنيفة وابو يوسف يحنث وتجب الكفارة
لان تصور البر ليس بشرط عنده خلافا لهما والباقي في كتب اصحابنا متعدد مبين قوله
واذا احلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد وهذا يقيد بحال الولاية
هذا لفظ القدوري في مختصره والاصل ان المطلق لا يتقيد الذي رفع خبره الى
الوالي او دفع شر ذلك الداعر لانه اذا زجر وادب ينزجر غيره ويدفع شره وخبره بالزاجر لا يكون الا حال ولايته فيتقيد اليمين بتلك الحال حتى اذا عرفه الحالف ولم
يرفع خبره الى الوالي حتى عزل حنث ولم يعتبر الرفع بعد العزل ولو لم يعرف حال ولاية
الوالي فلما عزل عرف لا يحنث بترك الرفع وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا وهي
رواية الزيادات وروي عن ابي يوسف انه يجب الرفع اليه بعد العزل لانه معتقد
في الجملة وعنه يبطل الرفع بعزله لا بموته وكذا السلطان اذا احلف رجلا ان
لا يخرج من الكورة الا باذنه فهو على ولايته ذكره في الزيادات والداعر بالدال
والعين المهملتين الخبيث المفسد من الناس وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد
يقال دعر العود يدعر دعرا بكسر العين من الماضي وفتحها من المضارع اذا فسد كذا

في

في الجمهرة قوله لان المقصود منه من الاعلام دفع شره اي شر الداعر وشر غيره اي غير
ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهب له ولم يقبل بر في يمينه وهذه من مسايل
الجامع الصغير المعادة وقال زفر يحنث وهو القياس وانما يبر اذا وجد القبول
في رواية وفي اخرى عنه اذا وجد القبول والقبض ذكر المرغيناني في شرح الجامع الكبير
لابي المعين النسفي له ان الهبة تصرف على الموهوب بازالة ملكه وعلى الموهوب له
باثبات الملك له وهذا لا يثبت له الملك ما لم يقبل فبدون المقبول لا يكون هبة
كالايجاب في البيع فانه يصرف على نفسه بازالة الملك وعلى المشتري فما لم يوجد القبول
لا يكون بيعا فكذا هنا ثم لا يشترط القبض في رواية لانه لثبوت الحكم لا لانعقاد
السبب والحالف حلف على السبب وفي رواية يشترط القبض لان السبب بلا حكم
غير معتبر شرعا وجه قول اصحابنا وهو الاستحسان ما روي في الصحيح البخاري
وغيره مسندا الى ابن عباس عن الصعب ابن جثامة الليثي انه اهدى لرسول الله
صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما راى ما في
وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم وجه الاستدلال ان ابن عباس
اطلق اسم الاهداء بدون القبول وروي في السنن مسندا الى عباس ايضا انه قال
يا زيد ابن ارقم هل علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اهدى اليه عضو
صيد فلم يقبله وقال انا حرم قال نعم فثبت بهذا ان الهبة تتم بمجرد ايجاب المالك
في اللغة لان الهبة والهدية بمعنى واحد ولانه حلف على فعل نفسه لا على فعل غيره
فلا يشترط القبول في اليمين وانما يشترط القبول لثبوت الملك لا لانعقاد السبب والبر
متعلق بمباشرة السبب وقد حصل ذلك ولهذا يقال وهب لفلان فلم يقبل و
ليست كالبيع فانه لا يسمى بيعا ما لم يوجد القبول فلا يوجد السبب الا بالايجاب و
القبول ولهذا قال اصحابنا لو قال المجيب وهبت لك هذا العبد فلم تقبله وقال المقر له
لا بل قبلته كان القول قول المقر لانه ما اقر الا بالهبة وايجابه بدون القبول هبة فلم
يصر بالاقرار بالهبة مقرا بالقبول بخلاف ما لو اقر الا بالهبة وايجابه بلا القبول لو
بعت منك هذا العبد فلم تقبل هبة وقال المقر له لا بل قبلته كان القول قول المقر لانه
ما اقر الا بالهبة وايجابه بدون القبول هبة فلم يصر بالاقرار بالهبة مقرا بالقبول

بخلاف ما لو قال بعت منك هذا العبد فلم يقبل ثم قال المقر له قبلت كان القول قول
المقر له لانه اقر بايجاب يسمى بيعا وذلك باتصال القبول فصار بالاقرار بالبيع
مقرا بالقبول ولان الهبة اصطناع معروف واكتساب الصيت باظهار السماحة
والجود فيحصل ذلك بلا قبول لاتيانه باقصى ما في وسعه من البذل والسخاوة وليست
كالبيع فانه اعتراض من الجانبين فلا بد من القبول والصدقة والنحل والاعارة
بمنزلة الهبة وكذا الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول
من الاخر ذكره العتابي في شرح الجامع الكبير قوله وذلك يتم به اي اظهار السماحة
يتم بالحالف الواهب قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث
وهذه من مسائل الجامع الكبير المعادة قال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف
لا يشم ريحانا فشم اسا او ما اشبهه من الرياحين حنث وان شم الياسمين
او الورد لم يحنث وهذا لان الريحان حقيقة لما لساقه رايحة طيبة كما لورقه
كالاس والورد ما لورقه رايحة طيبة فحسب كالياسمين كذا ذكره صاحب المغرب
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى هشام عن محمد انه قال كل ما كان
اخضر فهو ريحان مثل الاس والشاهسفرم ونحو ذلك وما سوى ذلك ليس بريحان
ونقل فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قوله لان الريحان اسم لما لا يقوم على الساق
من البقول مما له رايحة وهو موضوع ذلك لغة وقلده الصدر الشهيد وصاحب
الهداية ثم قال والياسمين والورد لها ساق وللناظر فيه نظر لانه لم يثبت في قوانين
اللغة الريحان بهذه التفسير اصلا وليس صح ما قالوه كان ينبغي ان لا يحنث
بالاس لانه له ساقا وليس من البقول ايضا وقد نص الحاكم على انه يحنث وقال الجوهري
الريحان نبت معروف واما قوله تعالى والحب ذو العصف والريحان فالعصف
ساق الزرع والريحان ورقه كذا في الصحاح وقال بعض اهل اللغة كل ما طاب ريحه
من النبات فهو ريحان قوله ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه و
هذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وذلك لان الايمان محمولة على معاني كلام الناس
وفي عرفهم اذا ذكروا البنفسج يراد به دهنه لا ورقه قال الفقيه ابو الليث هذا
عند اهل العراق فاما في بلادنا فلا يقع على الدهن الا ان ينوي ولو حلف لا يشتري

الورد فهو على ورق الورد فاذا اشترى دهنه لا يحنث لان في العرف لا يسمى دهنه
وردا والحناء يقع على الورق لا على الدهن كالورد قوله عليه اي على البيع قوله
لانه حقيقة فيه اي لان الورد حقيقة في الورق والعرف مقرر له فان العرف
غلب حقيقة حيث اريد به دهنه لا ورقه وكان القياس ان يراد به الورق كما في الورد
لكنهم استحسنوا واراد به الدهن لمكان عليه العرف فاما في بلادنا فلا فرق في بين
الورد والبنفسج فكلاهما يقع على الورق لا على الدهن الا بالنية والله اعلم

كتاب الحدود لما فرغ عن الايمان وكفاراتها التي هي دايرة بين العبادة والعقوبة
شرع في بيان العقوبات المحضة وهي الحدود واصل الحد في اللغة المنع يقال حدني
عن كذا وكذا اذا منعني عنه ومنه سمي السجان حدادا لمنعه كانه يمنع من الحركة قال الشاعر
يقول لي الحداد وهو يقودني الى السجن لا تجزع فما بك من باس وسمي الاعشى الخمار
حدادا لانه يحبس الخمر عنده فقال فقمنا ولما يصح ديكنا الى جونة عند حدادها وحد
السارق وغيره الفعل الذي يحده من المعاودة اي يمنعه عنها ويمنع غيره ايضا
كذا قال صاحب الجمهرة ويسمى الطرف للشيء حدا لانه يمنع الخارج عن المحدود و
عن الدخول فيه وهو في الشريعة عبارة عن عقوبة مقدرة تستوفى لحق الله تعالى
فيخرج القصاص لانه حق العبد بدلالة جواز العفو والاعتياض ويخرج التعزير ايضا
لانه ليست بمقدر وهذا ما عليه اصحابنا وقال الشيخ الاسلام البزدوي في مبسوطه
والقصاص يسمى ايضا حدا فالحدود والشرع موانع قبل الوقوع وزواجر بعده اي عن
الفعل المنهي عنه قوله والطهرة ليست باصلية فيه الطهرة بمعنى الطهر وهو خلاف
الدنس واراد بها الطهر عن الذنب يعني انه ليس بشرط اصلي في وجوب الحد ولهذا
يجب على الذمي اذا زنى ولا يطهر الذمي عن الذنب باجرا الحد عليه فعلم ان المقصود
من شرع الحد الانزجار لا التطهير قوله والزنا يثبت بالبينة والاقرار وهذا لفظ
القدوري في مختصره قال صاحب الهداية والمراد ثبوته عند الامام وانما قال ذلك
لان ثبوت الزنا في الواقع لا يتوقف الى وجود البينة ولا اقرار لان الزنا هو الوطي
الحرام الخالي عن ملك النكاح وعن ملك الرقبة وعن شبهتهما والوطي هو ايلاج
الذكر في فرج المراة او نحوه يوجد وان لم توجد البينة والاقرار وقد يوجدان ولا يوجد الزنا

في الواقع لاحتمال الكذب في البينة والاقرار فحصل الانفكاك بين الزنا وبينهما وجودا
وعدما الا ان القاضي مأمور بالحكم بما ثبت عنده من الظاهر فلاجل هذا اشترط ثبوته عند
الامام بالبينة او الاقرار اما البينة فدليل ظاهر لان الله تعالى قال فاستشهدوا عليهن
اربعة منكم واما الاقرار فلصدق فيه راجح على الكذب لوقوعه على نفسه بما فيه
مضرة فكان الدليل ظاهرا فوجب العمل به وقد قبل النبي صلى الله عليه وسلم اقرار
ماعز واقرار الغامدية ولا خلاف لاحد فيه قوله مضرة اي ضرر ظاهر متصل ببدنه
المترتب من اجرا الحد عليه وكذا الحاق العار بانتسابه الى الزنا والعار اشد من النار كما
قيل النار ولا العار ولكن سيد فر من العار الى النار والمعرة المساءة كذا في الديوان
فلما كان في الاقرار ضرر ومساءة على نفسه كان دليلا ظاهرا على صدقه فقبل قوله
فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل وامراة بالزنا اي قال الغزنوي في
مختصره وتمامه فيه فيسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى
وبمن زنى واما اشتراط الاربعة من الشهود فلقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من
نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهلال
بن امية ايتني باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك ولان
في اشتراط الاربعة تحقق الستر المندوب اليه قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من ستر على مسلم ستره الله تعالى في الدنيا والاخرة رواه الترمذي في جامعه
باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقال اشتراط الاربع لا لمعنى
الستر بل لان الزنا يحصل بين اثنين وعلى كل واحد منهما ليشهد اثنان لانا نقول
شهادة الاثنين كما جازت على الرجل جازت على المراة لوجود العدالة فلا حاجة
على هذا الى اشتراط شاهدين اخريين فعلم ان المعنى هو الستر لكن يشترط شهادة
اربعة احرار عدول مسلمين ولا تقبل شهادة الرجال مع النساء ولا كتاب القاضي
الى القاضي ولا الشهادة على الشهادة واما السوال عن الاشياء الخمس فنقول اما السوال
عن حقيقة الزنا بقوله ما هو فانه احتراز عن وطي حرام لكنه ليس بزنا فانه قد يشتبه
على الشاهد ذلك كوطي الحائض والنفساء والامة المجوسية والامة المشتركة والامة

التي

٣٦

التي هي اخته من الرضاع فان كل ذلك حرام ليس بزنا ويجوز ان يكون احترازا عن
فعل ما دون الفرج فانه يسمى زنا مجازا لكن ليس فيه الحد قال عليه الصلاة
والسلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش
والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك او يكذبه فلعل الشهود يسمى مقدمات
الزنا زنا ويجب الاحتراز عن مثل ذلك بالسوال واما السوال عن الكيفية فانه احتراز
عن مماسة الختان الختان من الزوجين الاخر ويحترز به عن الوطي بالاكراه لان وطي المكره
لا يوجب الحد واما السوال عن المكان بقوله اين زنى فانه احتراز عن الزنا في دار الحرب
لان المسلم اذا زنى في دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لانه لم يكن للامام يد عليه عند
وجوب الحد واما السوال عن الزمان بقوله متى زنا فانه احتراز عن الزنا المتقادم والشهود
اذا شهدوا بذلك لا تقبل ويجوز ان يكون احترازا عن وطي الصبي والمجنون لان فعلهما
لا يوصف بالحرمة واما السوال عن المزنية بقوله بمن زنى احتراز عن الوطي الواقع في محل فانه
يكون للواطي فيه شبهة لا يعرفها الواطي ولا الشهود كجارية الابن ويجوز ان يكون الموطوءة
امراة الواطي او جاريته ولا يعلمها الشهود فاذا بين الشهود هذه الاشياء وقالوا رأيناه
وطئها في فرجها كالميل في المكحلة والرشا في البئر حبسه لو اسرار وعلانية طلبا للدرء قال
عليه الصلاة والسلام ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم رواه الترمذي في جامعه
باسناده عن العايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم بخلاف ساير الحقوق عند
ابي حنيفة حيث يكتفى بظاهر العدالة لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول
بعضهم على بعض الا اذا طعن الخصم فيسأل القاضي عن الشهود عنده ايضا وصورة
تعديل السر ان يبعث القاضي اسما الشهود الى المعدل بكتاب فيه اسماؤهم وانسابهم
وحلاهم ومحالهم ورسومهم حتى يعرف المعدل ذلك فيكتب تحت اسم من كان عدلا عدل
جايز الشهادة ومن لم يكن عدلا فلا يكتب تحته شيئا او يكتب الله اعلم وصورة تعديل
العلانية ان يجمع بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا هو الذي عدلته وسيجي ذلك
في باب الشهادة ان شاء الله تعالى فاذا عدلوا حكم بشهادتهم رجما كان موجب الزنا او جلدا
هذا اذا لم يعرف القاضي عدالة الشهود اما اذا عرفهم يحد بلا تعديل قوله ضربه اي ضرب السر
قوله او كانت له شبهة اي للواطي قوله وطيها في فرجها جواب ما هو وقوله كالميل في المكحلة

جواب كيف هو قوله فالاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود اي قال في المبسوط اذا وصف
الشهود الاشياء المذكورة من ماهية الزنا وكيفيته ونحو ذلك يحبس القاضي المشهود
عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة الشهود لانه صار متهما وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم
متهما وقد روى صاحب السنن باسناده الى بهز بن حكيم عن ابيه عن جده
عن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة بخلاف الديون فان الحبس فيها بعد العدالة
وانما يحبس قبل تعديل الشهود لئلا يفوت بالهرب واخذ الكفيل ليس بمشروع في باب الحدود
لانه احتياط فيما بناؤه على الدرء فلو لم يحبس ربما يفوت الحق اصلا بخلاف الديون فان
اخذ الكفيل فيها مشروع فلا يفوت الحق فلا حاجة الى الحبس قبل عدالة الشهود ولانه
احبسه ايضا احتياطا لانه للتعزير حيث يكون متهما بارتكاب الفاحشة لا للاحتياط
قوله وسيأتيك الفرق هذه حوالة غير لايجد وعن بيانه اقوله قال والاقرار ان يقر
البالغ العاقل على نفسه بالزنا في اربعة مجالس المقر كلما اقر رده القاضي اي قال القدوري
في مختصره واعتبار البلوغ والعقل لان كلام الصبي والمجنون ليس بصحيح اما اشتراط
الاقرار اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر فهو مذهبنا وقال ابن ابي ليلى يقام
الحد باقرار اربع مرات وان كان في مجلس واحد اعتبارا بالشهادة لان الاقرار احد حجتي
الزنا وقال الشافعي يحد بالاقرار مرة واحدة وهو قول مالك وقول احمد واسحق مثل
قولنا وجه قول مالك والشافعي ما روي في حديث ابي هريرة ان رجلين اختصما الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال احدهما ان ابني عسيفا على هذا فزنا بامرأته فجلد النبي صلى
الله عليه وسلم ابنه مائة وغربه عاما وامر انيسا الاسلمي ان يأتي امرأة الاخر فان اعترفت
رجمها فاعترفت فرجمها وجه الاستدلال به انه قال اعترفت رجمها ولم يقل فان اعترفت
اربع مرات والعسيف الاجير ولنا ما روى في جامع الترمذي مسندا الى ابي سلمة عن ابي
هريرة قال جاء ماعز الاسلمي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه قد زنى فاعرض
عنه ثم جاء من شقه الاخر فقال يا رسول الله انه قد زنى فاعرض عنه ثم جاء من شقه الاخر
فقال يا رسول الله انه قد زنى فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة وروى صاحب
السنن باسناده الى عبد الرحمن بن الصامت ابن عم ابي هريرة انه سمع ابا هريرة يقول جاء
الاسلمي الى النبي صلى الله عليه وسلم قال انكتها قال نعم قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها

قال

قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشا في البئر قال نعم قال اتدري ما الزنا قال نعم
اتيت منها حراما ما يأتي الرجل من اهله حلالا قال فما تريد بهذا القول قال اريد ان
تطهرني فامر به فرجم وروى صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله ان رجلا من
اسلم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعترف بالزنا فاعرض عنه ثم اعترف فاعرض
عنه حتى شهد على نفسه اربع شهادات فقال النبي صلى الله عليه وسلم ابك جنون قال لا
قال احصنت قال نعم قال فامر به النبي صلى الله عليه وسلم فرجم وجه الاستدلال انه لو كان
ما اخر النبي صلى الله عليه وسلم اقامة الحد الى ان يتم الاقرار اربع مرات فلو
الاقرار مرة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجب وتأخير الواجب لا يجوز ولا
يظن ذلك بالنبي صلى الله عليه وسلم ولان الاقرار بالزنا حجة في ظهور الزنا كالشهادة
فاشترطت الاربع في الشهادة اعظاما لامر الزنا والمعنى الستر فيشترط الاربع في
الاقرار ايضا لهذا المعنى ولا يقال اذا كان الاقرار كالشهادة لا يشترط تكرار المجلس
كما في الشهادة لانا نقول تكرار المجلس في الاقرار عرف بحديث ماعز فلا يجوز اثبات
الحكم بالقياس في امر ثابت بالنص لانه يكون التعليل معارضا للنص وهو فاسد
والجواب عن حديث العسيف فنقول لا يخلو اما ان كان ذلك متقدما على حديث ماعز
او متأخرا عنه فان كان متقدما فيكون منسوخا بحديث ماعز وان كان متأخرا يكون
الاعتراف المذكور فيه مصروفا الى الاعتراف المعهود في الشرع وهو الاقرار اربع مرات
يدل عليه هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفوض اقامة الحدود الى من يعرفها
لا الى من لا يعرفها وقد كان انيس اشترط الاربع في الاقرار واستقراره في الشريعة
الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يبين له المحلين بان للمرأة لعله مسكة ولقد
ولم يبين له اسقاط الحد عنها اذا رجعت فعلم انه كان يعرف جميع ذلك فان قلت يحتمل
ان تأخير النبي صلى الله عليه وسلم اقامة الحد الى الاقرار اربع مرات باعتبار انه
لم يكن متمسكا منها لا باعتبار ان الاقرار مرة ليس بموجب للحد قلت هذا وهم لا
يلتفت اليه لانه عليه الصلاة والسلام كان متمسكا منها بنفسه وبامره الخيول ولهذا
يمكن منها بعد الاقرار اربع مرات حتى امر بالرجم فان قلت سلمنا انه كان متمسكا
لكن مجرد التأخير لا يدل على ان الاربع شرط لانه يجوز ان يكون التأخير باعتبار ان

مطلق الامر لا يقتضي الوجوب على الفور بل على التراخي وعليه عامة المشايخ خلافا
للكرخي قلت لا نسلم انه لا يقتضي الفور بل يقتضيه لان الوجوب حكم الامر والموجب
وهو الامر قد وجد فيوجد الوجوب معه لا محالة بلا تراخ كالطلاق مع التطليق
والعتق مع الاعتاق وجواب اخر سلمنا انه لا يقتضي الفور في الجملة ولكن لا نسلم انه
لا يقتضيه في باب الحدود وبيانه ان الامر باقامة الحدود متوجهة على الامام والحدود
متواجبة متراكمة على بابه فلو لم يكن الوجوب على الفور لما يعتري واجبا اخر منها
اقامة للحد فيودي الى تفويت الواجب لهذا قلنا ان مطلق الامر في باب الحج يقتضي الفور
لان الموت في سنة واحدة ليس بنادر فلو اخر يلزم التفويت على وجه لا يمكن التدارك
في ثاني الحال فكذا ههنا وجواب اخر انا سلمنا ان الامر لا يقتضي الفور في باب الحدود ايضا
لكن لا نسلم انه لا يقتضيه في قصة ماعز لانه جاء طالبا للطهارة وهي حقه ومن له
الحق اذا طلب حقه من قبل من عليه الحق يجب ايفاؤه كالبايع اذا طلب الثمن من المشتري
يجب عليه ايفاؤه وماعز طلب حقه في الاقرار مرة فلو كان ذلك كافيا لاقامه النبي
صلى الله عليه وسلم فان قلت لا نسلم ان الاقرار اربع مرات شرط لانه لو كان شرطا
لكان الاقرار خمس مرات شرطا ايضا لانه جاء ذلك في حديث ماعز ايضا قلت لا
نسلم الملازمة لانه روي انه اقر في اقراره خمس مرات مرتين في جهة واحدة فاعتبر ذلك
مرة واحدة لاتحاد الجهة ولهذا لم يشترط الخمس احد من المجتهدين وهذا لعمري كاف لمن
له ذهن صاف قوله لما روينا اشارة الى قوله فانه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة
الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس قوله والاقرار قايم بالمقر فيعتبر اختلاف
مجلسه اي يعتبر اختلاف مجلس المقر في وجوب الحد لا مجلس القاضي وفي بعض النسخ
فيعتبر اتحاد مجلسه اي يعتبر اتحاد مجلس المقر في عدم وجوب الحد لا مجلس القاضي
واختلاف مجلس المقر ان يرده القاضي في كل كرة بان يقول له ابك خبل ابك جنون ولعل
قبلتها او مسستها وقال بعضهم يعتبر اختلاف مجلس القاضي والصحيح الاول كذا في شرح
الطحاوي قوله لوارى استتر قوله قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما
هو وكيف هو واين هو وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد اي قال القدوري في مختصره
ومعنى السؤال عن هذه الاشياء في الاقرار هو المعنى في السؤال عنها في الشهادة على الزنا

وهو

وهو تحقق ما يجب به الحد لانه قد يظن زنا ولا يكون زنا او لا يكون زنا موجبا للحد
كما اذا وقع في دار الحرب ولم يذكر القدوري السؤال عن الزمان في الاقرار بان يقول متى زنيت
لان التقادم مانع الشهادة لتهمة الحقد والمقر لا يتهم على نفسه فيقبل اقراره وان
تقادم العهد وبيان التقادم يعلم في باب الشهادة على الزنا ثم الاقرار اربع مرات
عند غير القاضي لا يعتبر حتى لو شهد الشهود بالاقرار لا يقبله القاضي لان الزاني
لا يخلو اما ان يكون مقرا بذلك او منكرا فان انكر رجع وان اقر فلا شهادة مع الاقرار
قوله وقيل لو سأله جاز اي لو سأل الزمان قالوا في الفتاوى ويجوز ان يسأل الزمان
في الاقرار ايضا لجواز انه زنا في حال الصغر قوله فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة
الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وهذا لفظ القدوري في مختصره وقد
قال ابن ابي ليلى يقام عليه ولا يقبل رجوعه وبه اخذ الشافعي وذلك لان الاقرار احد
حجتي الزنا فلا يقبل فيه الرجوع والانكار كما اذا ظهر بالشهادة وهذا لا يقبل الرجوع في
القصاص وحد القذف اذا ثبتا بالاقرار ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لقن
الرجوع فقال لعلك قبلت او غمزت او نظرت كذا اورد صاحب السنن وقال ايضا في
السنن مسندا الى ابي امية المخزومي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص قد اعترف
اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك
سرقت فلو لم يكن يصح الرجوع لم يكن للتلقين فايدة وروي ايضا في الجامع الترمذي
وغيره كما امر بماعز في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فلما وجد مس الحجارة
فر يشتد حتى مر برجل معه لحي جمل فضربه به وضربه الناس حتى مات فذكروا ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه فر حين وجد مس الحجارة ومس الموت فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم هلا تركتموه وجه الاستدلال به ان النبي
صلى الله عليه وسلم جعل فراره دليلا على الرجوع واسقط به الحد فسقط بصريح
الرجوع بطريق الاولى ولان الرجوع في حقوق العباد كالقصاص وحد القذف
لا يصح لان الخصم يكذبه وفي ما يخلص حق الله تعالى كحد الزنا وحد الشرب و
السرقة لا احد يكذبه فيصح الرجوع بل رجوعه يحتمل الصدق كالاقرار فتثبت
شبهة ويتعارض الرجوع مع الاقرار فيسقط الحد لان الحدود تندرئ بالشبهات

لكن اذا اقر بالسرقة ثم رجع صح رجوعه في حق القطع ولا يصح في حق المال كذا في
شرح الطحاوي بخلاف الانكار بعد ظهور الزنا بالشهادة لان الانكار شرط
لقبول الشهادة فلا يجوز ان يبطلها ما كان شرطا لقبولها قوله يقيم عليه الحد اي
القاضي او الامام قوله ويستحب للامام ان يلقن الرجوع ويقول لعلك لمست او
قبلت وهذا لفظ القدوري في مختصره ويستحب التلقين لان النبي صلى الله
عليه وسلم فعل كذلك في حق ماعز وقال ايضا للسارق ما اخالك سرقت
قوله قال في الاصل ينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة اي
قال في المبسوط يرد الامام المقر بالزنا في المرة الاولى والثانية والثالثة فان
عاد الرابعة ثم اقر عنده بها ساله عن الزنا ما هو وكيف هو فاذا وصفه واثبته
قال له لعلك تزوجتها او وطئتها بالشبهة قال صاحب الهداية قريب من الاول وهذا
في المعنى الذي قاله في الاصل قريب في المعنى مما قال له القدوري لان في كل منهما تلقين
الرجوع للمقر حتى لو قال المقر نعم سقط الحد فصل في حقيقة الحد واقامته ذكر اقامة الحد
بعد بيان وجود الحد لان بعد وجوده والكيفية صفة لاحقة للوجود فناسب ان
يذكر بعد بيان الوجوب والكيفية فانه يقال للشيء كيف هو وكيف كلمة موضوعة للسؤال
عن الحال قوله واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت وهذه مسئلة
القدوري وذلك لما روي في حديث ماعز ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجمه
بعد ما سال احصانه قال في شرح الاقطع ولا خلاف ذلك بين الائمة الا ما روي
عن الخوارج ان الحد كله الجلد ولا رجم وانما قالوا ذلك لانهم لا يقبلون اخبار الاحاد
وقد حدث البخاري في الصحيح عن علي بن عبد الله قال ثنا سفيان عن الزهري
عن عبيد الله عن ابن عباس قال قال عمر لقد خشيت ان يطول بالناس زمان
حتى يقول القائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى
الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحمل او الاعتراف
وروى صاحب السنن عن عبد الله ابن محمد النفيلي قال ثنا هشيم قال انا
الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن عبد الله بن عباس ان عمر بن خطاب
خطب فقال ان الله عز وجل بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب

وفيما

وفيما انزل عليه اية الرجم فقراناها ووعيناها ورجم محمد صلى الله عليه وسلم
ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس زمان ان يقول قايل ما نجد اية الرجم
في كتاب الله تعالى فيضلوا بترك فريضة انزلها الله عز وجل فالرجم حق على
من زنا من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان حمل او اعتراف
وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها وروى في الجامع الترمذي
مسندا الى سعيد بن المسيب عن عمر ابن الخطاب قال رجم رسول الله صلى الله عليه
وسلم ورجم ابو بكر ورجمت ولولا اني اكره ان ازيد في كتاب الله لكتبته في المصحف فاني خشيت
ان تجيء اقوام فلا يجدونه في كتاب الله فيكفرون به وحديث عمر يذكر في الموطا ايضا
قلت قد كان رجم ابو بكر وعمر بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكرهما احد فحل محل
الاجماع فظهر ان قول خوارج لا عبرة لا يلتفت اليها قوله وقد احصن اي ماعز وهو
على صيغة المبني للفاعل يقال احصن الرجل فهو محصن وهذا احد ما جاء على افعل فهو
مفعل وامراة محصنة اي متزوجة وليس في كلامهم فهو مفعل الا ثلاثة احرف وهذا احدها
ويقال اسهب من لدغ الحية اي ذهب عقله وهو مسهب قال الراجز ∴ فمات عطشا
مسهبا ∴ ويقال الفج الرجل فهو ملفج ∴ اذا رثت حاله وسال رجل الحسن ايدالك الرجل اهله
قال نعم اذا كان ملفجا المدالكة والمماطلة يعني دين المدافعة كذا في الجمهرة قوله
وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان روى صاحب السنن باسناده الى عائشة
قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ان لا اله الا الله
واني رسول الله الا باحدى ثلاث رجل زنا بعد احصان فانه يرجم ورجل خرج محاربا
لله ورسوله فانه يقتل او يصلب او ينفى من الارض او يقتل نفسا فيقتل بها وروى
في السنن والجامع الترمذي ايضا مسندا الى عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله الا
باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة
قوله يخرجه الى ارض فضاء يبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس هذا لفظ القدوري
اما الاخراج الى ارض فضاء لما روى صاحب السنن باسناده الى سعيد قال لما امر
رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا به الى البقيع فوالله ما اوثقناه ولا

حفر باله ولكنه تام لنا فرمیناه بالعظام والمدر والخزف واما البداية بالشهود فلا
ملا احتياط للدرء لانهم كانوا لا يتمكنون من الرجم استعظاما للنفس فيكون امتناعهم
دليلا على الرجوع قال في الشامل عند ابي حنيفة وابو يوسف والشافعي بداية الشهود ليست بشرط
كما في الجلد ولنا ما بينا والفرق بين الرجم والجلد ان الجلد لا يحسنه كل احد فربما يقع
الجلد مهلكا والمقصود الزجر والتاديب لا الاهلاك بخلاف الرجم فان كل احد يحسنه
والمقصود منه الاهلاك ثم اذا امتنع الشهود من الابتدا لا يجب الحد عليهم لانهم ثابتون على
شهادتهم ولم يرجعوا اعتبارا وقد يمتنع الانسان من مباشرة القتل بحق وانما سقط
عن المشهود عليه للشبهة **قوله** فان امتنع الشهود من الابتدا سقط الحد هذا
لفظ القدوري وقيد به المحقق **قوله** وكذلك اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية اي يسقط
الرجم بموت الشهود او غيبتهم وهذا لان الشرط بداية الشهود وقد انعدم ذلك بالموت
او الغيبة وكذا اذا عموا او خرسوا او جنوا او فسقوا او ارتدوا او قذفوا فحدوا او سوا
احترز ذلك قبل القضا او بعد القضا قبل الامضا لان الامضا من القضا في باب
الحدود فاذا لم يحصل الامضا لم يحصل القضا وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما
روى ابو يوسف في شرح الطحاوي انه قال لا يبطل الرجم بموت الشهود ولا غيبتهم هذا
اذا كان المشهود عليه محصنا اما اذا كان غير محصن نفذ قال الحاكم الشهيد في الكافي اقيم الحد
عليه في الموت ويبطل فيما سواهما وكذلك فيما سوى الحدود **قوله** واذا كان مقرا ابتدا الامام
ثم الناس وذلك لما روى صاحب السنن باسناده الى ابي بكرة عن ابيه ان النبي صلى الله
عليه وسلم رجم امراة فحفر لها الى السدرة ثم رماها بحصاة ثم لحمسة ثم قال ارموا
واتقوا الوجه فلما طفيت اخرجها وصلى عليها وروى في شرح الاثار عن علي ابن
انه رمى شراحة وهو اول الناس ثم قال ارموا **قوله** ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم
الغامدية هي امراة منسوبة الى بني غامد قبيلة من العرب قال المبرد في كتاب الانساب
العرب غامد بطن من خزاعة وقال في الكامل هو غامد بن نصر بن الازد ابن
الغوث ورمى هذه القبيلة بقول القايل **قوله** ويغسل ويكفن ويصلى عليه هذا لفظ
القدوري في مختصره اما الغسل والتكفين فلما روى في السنن ان المرجوم غسل و
كفن ودفن فاما الصلاة فلما روى البخاري باسناده الى جابر ان رجلا من اسلم

والغيبت

جاء

جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف بالزنا فاعرض عنه النبي صلى الله عليه
وسلم حتى شهد على نفسه اربع مرات قال له النبي صلى الله عليه وسلم ابك
جنون قال لا قال احصنت قال نعم فامر به فرجم بالمصلى فلما اذلقته الحجارة
هرب فادرك فرجم حتى مات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه
وقد صح في رواية السنن ايضا ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على الغامدية
ودفنت ولانه مقتول في حق وجب عليه والشهيد مقتول بغير حق فلم يكن في معنى
الشهيد فيغتسل ويصلى عليه ولانه باستيفا الحق الواجب عليه لا يخرج من
الاسلام فصار كساير المسلمين يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن كالمقتول
في قصاص **قوله** وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة فهذا لفظ القدوري
والاصل فيه قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة و
هذا عام في محصن وغير المحصن الا ان الحكم في المحصن اذا زنا رجم باية اخرى
نسخت تلاوتها وبقي حكمها رواها عمر في خطبته بحضرة الصحابة من غير نكير
وقال مما يتلى في كتاب الله تعالى الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا
من الله والله عزيز حكيم ولا تهمة في رواية الا ان الله تعالى صرفها عن قلوب العباد
لحكمة لم يكتبها عمر في المصحف وقال لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها
ورفع الزانية والزاني بالابتدا وخبرهما محذوف تقديره وفيما فرض عليكم
الزانية والزاني حكمهما وهو الجلدة ويجوز ان يترك الخبر وهو فاجلدوا وهو
من هب مبرد والاول مذهب الخليل وسيبويه ودخول الفا في الخبر لتضمن
المبتدا معنى الشرط لان الالف واللام بمعنى الذي اي التي زنت والذي زنا فاجلدوا
جلدوا هما كقولك من زنا فاجلدوه وانما قيد بالحر احترازا عن العبد لان الجلد
ينتصف في حقه كما سيجي عن قريب ان شاء الله تعالى وانما قدم في الاية المراة على
الرجل في الذكر لانها هي الاصل في الزنى لانها اذا لم تمكنه لا يتحقق الزنا بخلاف اية السرقة
حيث قدم الرجل على المراة لان الرجل هو الاصل في باب السرقة وان كان من المراة يقع
ايضا **قوله** يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا اي يضربه بين القوي
والضعيف فيختار الوسط وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم امر الجلادان لا يبين

البطه وانما يضرب بسوط لا ثمرة له لانه اذا كان له ثمرة يكون كل ضرب ضربتين
فلا يجوز ان يزاد في قدر الحد ويقيم الحد من يعقل ويبصر واذا كان رجلا وجب
الحد وهو ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك اذا ضرب بجلد جلدا خفيفا مقدار
ما يتحمله كذا في الفتاوى الولوالجي قوله بين المبرح وغير المؤلم يقال برح في هذا الامر
اي غلظ علي واشتد قوله وينزع ثيابه الزاني غير المحصن دون الازار وذلك لان
المقصود الزجر بايصال الالم والثياب تمنع ذلك فينزع بخلاف الازار فانه لا
ينزع لئلا ينكشف العورة وكذلك الحكم في حد شرب الخمر والتعزير اما في حد القذف
فلا الا انه ينزع عنه الفرو والحشو وسيجي ذلك في فصل التعزير انشاء الله تعالى
في حق الرجل فان المراة لا تجرد في الحدود كلها لانها عورة الا ان الحشو والفرو
ينزعان عنها ويذكر بعد هذا انشاء الله تعالى قوله وهذا الحد اي حد الزنا قوله و
يفرق الضرب على اعضايه هذا لفظ القدوري اي يفرق الضرب على اعضا
المحدود على الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين لان الجمع
في مكان واحد ربما يودي الى التلاف وذلك غير مستحق عليه قال الحاكم الشهيد
في الكافي ويعطي كل عضو حظه من الضرب ما خلا الوجه والراس والفرج في
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يضرب الراس ايضا وكان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة
وقال في شرح الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه قال يضرب على الراس ضربة واحدة
وعند الشافعي يضرب كله على ظهره وقال في الشامل عن بعض مشايخنا لا يضرب
الصدر والبطن لانه مقتل كالراس وروى صاحب الاجناس عن كتاب الحدود
املا رواية ابي سليمان قال ابو يوسف يتقي الوجه والفرج والبطن والصدر ويضرب
الراس وجه قول الشافعي ما روي عن ابي بكر الصديق انه قال اضربوا الراس فان
فيه شيطانا ولانه عضو صلب لا يخاف منه التلف ولابي حنيفة ومحمد ان جميع الاعضا
تلذذ بالمعصية فيعطي كل عضو حظه من الضرب ولان الحد يراد به التطهير من
الذنب وجميع الاعضا محتاج الى التطهير الا ان الضرب على الفرج مهلك والحد
زجر لا متلف ولهذا امر النبي صلى الله عليه وسلم بحسم يد السارق بعد القطع
والراس مجمع الحواس فيخاف منها على عقله وعامة حواسه والوجه مجمع المحاسن

فيخاف

فيخاف من ضربه ان يصير مثلة وهي مهيبة وقد روي عن علي انه قال اتقوا الوجه
والمذاكير فوق لامر باتقا الوجه استثنا الراس دلالة ولا حجة للشافعي في خبر هلال
لان تخصيص الشي بالذكر لا يدل على ما عداه وقد دل الدليل على جلد ساير الاعضا
فصار ذكر الظهر كناية عن الضرب لا بيانا لموضع الضرب كما بينا واثر ابي بكر
ليس بحجة لابي يوسف لان ذلك ورد في مشرك من اهل الحرب محلوق الراس وضرب
راسه واجب واهلاكه مستحق كذا اجاب عنه فخر الاسلام وغيره في جامع الصغير
قوله قال الا راسه وفرجه ووجهه اي قال القدوري في مختصره وهو استثنا من
قوله ويفرق الضرب على اعضايه مر بيانه انفا قوله اتق الوجه المذاكير الذكر من
كل شي خلاف الانثى والجمع ذكران وذكورة وذكارة وذكر الانسان محذوف
فاما قولهم المذاكير فلا ادري ما واحدها كذا في الجمهرة وقيل هو جمع الذكر للذي هو
العضو على خلاف القياس وكانهم فرقوا بذلك بين الذكر الذي هو الفحل وبين
الذكر الذي هو العضو قوله وانما الضرب سوطا يعني على قول ابي يوسف يضرب الراس
سوطا لا غير قوله من دعاة الكفرة جمع داع كالقضاة في جمع قاض قوله ويضرب في
الحدود كلها فانها غير ممدودة وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة قال في
الاصل بلغنا ذلك عن علي ابن ابي طالب وكذا يضرب في التعزير قايما اما المراة
فانها تضرب قاعدة لان ذلك استر لها كذا في شرح الطحاوي ولان الحد يقام على
الشهرة زجرا للعامة عن مباشرة سبب الحد والقيام ابلغ في الشهرة بخلاف المراة فان
امرها على الستر والقعود اقرب الى الستر وفي معنى قوله غير ممدود اختلف المشايخ
قال بعضهم لا يمد المحدود بين العقابين كما يفعل بين يدي الظلمة لانه بدعة فعال
بعضهم لا يمد السوط فوق راس الضارب بالدفع وقال بعضهم لا يمد على بدن المحدود
بعد الضرب لانه جرحه والحد يشرع مؤلما لا جارحا وقال بعضهم اراد به ان لا يبسط
على الارض فيقعد رجل على راسه والاخر على رجله وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على
قدر الحد بل في الحدود كلها لا يمسك ولا يربط ولا يبسط بل يترك قايما الا ان يعجزهم
فلا باس ح ان يشدوا على اسواطه ونحوها قال في المغرب العقابان عمودان ينصبان
مغروزين في الارض يمد بينهما المضروب والمصلوب قوله وان كان عبدا جلده

في ان اتين م

هذا لفظ القدوری والاصل فیه قوله تعالی فاذا احصن فان اتین بفاحشة فعلیهن نصف
ما علی المحصنات من العذاب ای الا ما احصن ای تزوجن فان اتین بفاحشة
ای زنین فعلیهن نصف ما علی المحصنات من العذاب ای الحراير من العذاب
ای من الحد علیهن نصف الحد والحد مایة جلدة علی الحر والحرة اذا لم یکونا محصنین
ونصف ذلک خمسون فیکون ذلک حد الامة فاذا کان ذلک حد الامة یکون ذلک
حد العبد ایضا لان المؤثر للتنصیف فیهما واحد وهو الرق ولان الرق منصف للنعمة
الا تری ان العبد لا یتزوج الا اثنتین وللامة من القسمة نصف ما للحرة فلما
انتصف النعمة بالرق انتصف العقوبة ایضا لان العقوبة ایضا انما تتغلظ بحسب
کامل النعمة لان الجنایة تکون اغلظ وافحش یؤیده قوله تعالی یا نساء النبی لستن
کاحد من النساء ثم ارید بالعذاب فی الایة الجلد الا الرجم بدلالة السیاق لان الرجم
قتل والقتل لا ینتصف فاما علیهن نصف الشیء الذی له نصف وهو الجلد **قوله** والرجل
والمراة فی ذلک سواء ای فی الحد لشمول النصوص ایاهما ان کانا محصنین فعلی کل واحد منهما
الرجم فان لم یکونا محصنین ففی الحر والحرة علی کل واحد منهما جلد مایة وفی العبد والامة یجب
جلد خمسین وکذلک فی ظهور الزنا عند القاضی بالبینة او الاقرار اربع مرات فکل ما یشترط
فی حق الرجل یشترط فی حق المراة الا ان المراة لا تنزع عنها ثیابها لئلا ینکشف عورتها
الا الحشو والفرو فانهما ینزعان لئلا یمنعا ایصال الالم الی البدن وکذلک تجلد قاعدة
لان القعود استر لها **قوله** لما روینا عن علی وهو قوله یضرب الرجال فی الحد قیاما والنساء
قعودا **قوله** وان حفر لها فی الرجم جاز وهذا لفظ القدوری والاصل فیه ما روی فی السنن
مسندا الی ابی بکرة عن ابیه ان النبی صلی الله علیه وسلم رجم امراة فحفر لها الی الثندوة
وکذا فعل علی لشراحة الهمدانیة حین رجمها وقد حدث الشیخ ابو جعفر الطحاوی
فی شرح الاثار ان حفیرتها فی الرحبة الی منکبها ثم رماها وهو اول الناس قال
ارموا ولو ترک الحفر جاز لان ثیابها تسترها والنبی صلی الله علیه وسلم لم یامر به
لکن الحفر احسن للامن عن الانکشاف وذکر فی المغرب ان الثندوة بالفتح الاول
والواو وبالضم والهمزة مکان الواو والدال فی الحالین مضمومة ید الرجل او لحم
الثدیین وقال فی المجمل یبدو من الرجل ثدی المراة وهو مهموز اذا ضم اوله فاذا فتح

لم یهمز

لم یهمز ویقال هو طرف الثدی فعلی هذا یکون للمراة فی الحدیث طرف الثدی
وهذا بفتح الهاء وسکون المیم حی من العرب کذا اثبته صاحب الدیوان **قوله**
ویحفر الی الصدر لما روینا من حدیث الغامدیة حیث حفر لها الی الثندوة **قوله**
ولا یحفر للرجل لانه علیه الصلاة والسلام ما حفر لماعز وقد حدث صاحب
السنن باسناده الی ابی سعید قال لما امر رسول الله صلی الله علیه وسلم برجم ماعز
خرجنا به الی البقیع فوالله ما اوثقناه ولا حفرنا له ولکنه قام لنا ولان مبنی الحد
علی الشهرة ونزول الحفر ابلغ فی ذلک وهذا هو ظاهر الروایة وقال الطحاوی ان
شاؤا احفروا وان شاؤا لم یحفروا **قوله** والربط والامساک غیر مشروع یعنی
فی الرجم وذلک لان ماعزا لم یربط ولم یمسک قال الحاکم الشهید ولا یحفر للمرجوم
ولا یربط بشیء ولا یمسک ولکنه ینتصب قائما للناس فیرجم وقال فی شرح الطحاوی
فان اخذ وانی رجمه فهرب فانه لا یتبع ویکون ذلک رجوعا بخلاف الشهادة فانه
یتبع اذا هرب لانه بعد الشهادة لا یصح رجوعه وانکاره وذکر الطحاوی وکانهم
اذا ارادوا الرجم اصطفوا کما فی الصلاة فکلما رجم قوم تنحوا ویقوم غیرهم مقامهم
فیرجمون ولم یذکر هذا فی الاصل **قوله** ولا یقیم المولی الحد علی عبده الا باذن الامام
هذا لفظ القدوری فی مختصره وقال الشافعی یملک المولی ذلک اذا کان رجلا حرا
عدلا والحد جلدا وان کان قطعا فله فیه قولان کذا ذکر الامام علاء الدین فی طریقة
الخلاف ثم قال فی شرح الاقطع واختلف اصحابه فی القطع فی السرقة والقصاص والقتل
بالردة فمنهم من قال لا یملک ذلک قالوا فاما مذهب انه یملکه له ما روی فی السنن مسندا
الی علی قال فجرت جاریة لال رسول الله صلی الله علیه وسلم فقال یا علی انطلق
فاقم علیها الحد فانطلقت فاذا بها دم یسیل لم ینقطع فاتیته فقال یا علی
افرغت قلت اتیتها ودمها یسیل فقال دعها حتی ینقطع دمها ثم اقم علیها الحد
واقیموا الحدود علی ما ملکت ایمانکم وقال فی الجامع الترمذی کانت الجاریة حدیثة
عهد بنفاس وروی فی الجامع الترمذی مسندا الی ابی هریرة قال قال رسول الله
صلی الله علیه وسلم اذا زنت امة احدکم فلیجلدها ثلاثا بکتاب الله فان عادت
فلیبعها ولو بحبل من شعر ولانه یملک التعزیر صیانة لملکه عن الفساد فکذا

روى

يملك الحدود ولانه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فيملكه المولى كذلك ولنا ما

اصحابنا في كتبهم عن ابن وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة فيه

الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد حق الله تعالى فلا يجوز للمولى ان يستوفيه

لانه اجنبي في حقه فلا يجوز للاجنبي ان يتصرف في حق غيره ولان ولاية المولى ولاية خاصة و

هي ملك الرقبة فلا يملك بها الحد فالاب والوصي **فان قلت** ما الحق ولو قلتم ان الحد حق

الله وعن لا نسلم ذلك ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان كونه حقا لله تعالى ما في كونه حقا

للعبد ولم لا يجوز ان يكون حقا للمولى ايضا **قلت** الحق يستعمل على وجهين في معنى مفرد

غير اضافي ويراد به الثابت المتحقق الذي له وجود بذاته دايرة كقولك دين الاسلام

حق ودين النصارى غير حق اي هذا الدين له وجود وتحقق بذاته واثره وذاك

ليس له وجود وتحقق بذاته واثره بل هو باطل مضمحل ذاهب متلاش ويستعمل في معنى

اضافي كقولك هذا حق فلان وذاك حق فلان الاخر والمراد منه ما يختص بفلان

ويطلب منه رعاية جانبه بدليل الاطراد والانعكاس وكل ما يختص به فلان و

يطلب منه رعاية جانبه يصح ان يقال انه حقه وكل ما لا يختص به فلان ولم يطلب منه

رعاية جانبه يصح ان يقال ليس لحقه فبعد ذلك نقول ان الحد لله تعالى لان المقصود

منه الزجر واخلاء العالم عن الفساد حق الله تعالى فيكون الحد حق الله تعالى بيانه

ان العالم في الاصل كله حقه وحرضه لله تعالى الا انه تعالى جعل بكرمه ولطفه بعض

الاشياء حق العبد بوقوع نفعه خاصا له ومن فاز بالسبب فاز بالمسبب اما ما كان

نفعه عاما فهو بقي حقا لله تعالى على ما كان لانه ليس له ادمي اولى من غيره لعموم نفعه

فما يجوز ان يكون فيه حق المولى لانه لو كان له حق لجاز اسقاط ذلك برضاه وحيث لم

رضاه في الاسقاط علم انه لا حق له اصلا فلما لم يكن للعباد حق في الحد لم يجز استيفا

المولى بلا اذن نايب الشرع وهو الامام بخلاف التعزير فانه حق العبد ولهذا لو اسقطه

من له الحق برضاه يسقط يدل على انه العبد تعزير الصبي لانه حق الله تعالى موضوع عنه

والجواب عما تمسك به الشافعي فنقول ذاك محمول على التسبيب بان يكون المولى سببا في

حد عبده بالمرافعة الى الامام وانما قلنا ذلك لان ظاهره متروك بالاجماع لانه يقتضي

الوجوب ولا يجب على المولى اقامة الحد على عبده بالاجماع اما على مذهبنا فظاهر

وكذا

وكذا على مذهبه لانه يجوز ان يقيم المولى الحد ولا يجب عليه فلما كان الحديث

متروك الظاهر حملناه على ما قلنا بدليل ما بيناه والامر بالمعروف يحصل

بالمرافعة الى الامام ايضا **قوله** وهذا تعزير الصبي وحق الشرع موضوع عنه

الوارد ذكره حق الشرع للحال ذكره قوله وهذا ايضاحا لكون التعزير حق العبد

قوله واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا

صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان هذا لفظ القدوري في مختصره

اعلم اولا ان الزنا سبب لوجوب الجلد والرجم جميعا لكن للرجم شرايط من

الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والنكاح الصحيح والدخول على وجه يوجب

الغسل وهما على صفة الاحصان فاذا وجدت هذه الشرايط يجب الرجم والا

فيجب الجلد ثم اعلم ان الدخول اخر شرايط الاحصان حتى لو وجد الدخول اولا

ثم وجد ساير الشرايط لا يكون محصنا ما لم يوجد الدخول بعدها بيانه فيما

قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ان المسلم البالغ العاقل لو تزوج امرأة

نصرانية فدخل بها ثم اسلمت المراة فقبل ان يدخل بها بعد الاسلام زنى الرجل

لا رجم عليه لانه لم يدخل بها بعد اسلامها ولم يكمل شرايط احصانه عند ابي حنيفة

ومحمد وقال ابو يوسف يكون محصنا ولو كانت امراة امة فدخل بها ثم اعتقها المولى

فما لم يدخل بها بعد العتق لا يكمل الاحصان بالاتفاق وكذلك لو دخل بها

وهي صغيرة ثم ادركت وكذلك لو كانت تحته امراة حرة وهما محصنان فارتدا معا

بطل احصانهما ثم اذا اسلما لا يعود احصانهما الا بعد الدخول بها بعد الاسلام

الى هنا لفظه ثم نرجع الى بيان الشرايط ولا خلاف فيها الا في الاسلام سنذكره

بعد بيانها ان شاء الله تعالى اما اشتراط العقل والبلوغ فلان اهلية الخطاب

لا يتحقق بدونها لما روي في السنن مسندا الى علي عن النبي صلى الله عليه وسلم

قال رفع القلم عن ثلاثة عن النايم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن

المجنون حتى يعقل ولان الرجم عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة فلا يجب الرجم

عليهما واما اشتراط ساير الشرايط من الحرية والنكاح الصحيح والدخول

والاسلام وكونهما على صفة الاحصان عند الدخول فلتكامل الجناية وذلك

يثبت

لان الرجم نهاية في العقوبة فيكون سببه نهاية في الجناية ايضا لان المسبب ابدا
بحسب السبب حسا وشرعا وتناهي الجناية انما يكون اذا وجدت هذه الشرايط في
الزاني عند وجودها بتوفر النعم والجناية عند توفر النعم اغلظ وافحش الا ترى
الى قوله تعالى يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب
ضعفين فمن هذا عرف ان احصان احد الزوجين شرط لاحصان صاحبه
بخلاف احصان احد الزانيين حيث لا يكون شرطا لاحصان الاخر حتى يحد كل واحد
منهما بنفسه جلدا كان او رجما ثم لا يكون محصنا بالدخول في النكاح الفاسد لانه
يبيح الوطي وكذا لا يكون محصنا ايضا بالنكاح الصحيح اذا كان قال ان تزوجتك فانت في الذكر
طالق نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي واما الاسلام فانه شرط الاحصان في ظاهر
الرواية نص اصحابنا جميعا لما قلنا وروى عن ابي يوسف ان الاسلام ليس بشرط
وهو قول الشافعي وثمرة الخلاف ان الذمي الثيب الحر اذا زنا عندنا يجلد ولا يرجم و
عندهما يرجم لهما ما روى في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى ابن عمر انه قال
ان اليهود جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم وامراة زنيا فقال
لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التورية في شان الرجم قالوا نفضحهم
ويجلدون فقال عبد الله ابن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتورية فنشروها فجعل
احدهم يده على اية الرجم فقال صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله صلى
الله عليه وسلم فرجما ولان نكوحهم كنكوح المسلمين في حق الجلد فينبغي ان يكون رجمهم كرجم
المسلمين في الرجم والجواب عن الحديث يجي عن القريب ان شاء الله تعالى ولنا ما روى
اصحابنا في كتبهم عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اشرك بالله فليس
بمحصن وروى في المبسوط وغيره عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لحذيفة
وقد تزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وكذلك قال عمر لكعب بن مالك ولان زنا
الثيب الكافر لا يساوي زنا الثيب المسلم في كونه جناية وتفاوت الجنايات يوجب
التفاوت في العقوبة والحكم بالتساوي في العقوبة مع التفاوت في الجناية قبيح عقلا بيان
التفاوت ان زنا المسلم وقع قبيحا من حيث انه وطي حرام واضاعة الولد وانتساب
للفواحش وكفران للنعمة ووضع الكفران موضع الشكر وساير الشرايط ان وجدت

في

في حق الكافر لم يوجد كفران نعمة الاسلام والزنا الذي يحصل به كفران نعمة الاسلام
اقبح وافحش من الزنا الذي يحصل به الكفران ولا يجوز به اثبات الرجم في الكافر
بالقياس بان يقال يتساويان في الجلد فيتساويان في الرجم لان الحدود لا تثبت بالقياس
لما فيه من الشبهة وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ادروا الحدود
بالشبهات ولان احصان القذف يشترط فيه الاسلام بالاتفاق مع ان القذف اضعف
من الزنا فلان يشترط الاسلام في احصان الرجم اولى واحرى ولتساوي المسلم والكافر في
الجلد لا يلزم علينا لان القياس كان يقتضي ان يكون جلد المسلم اكثر من ذلك الا ان
الشارع يرحم عليه حيث حط عنه بعض العقوبة وجعل عليه من الجلد مقدار ما وجب
على الكافر والجواب عن الحديث فنقول كان ذلك بحكم التورية كما رجمه ثم لما تقرر الاسلام
نسخ ذلك يدل على ذلك ما روى صاحب الكشاف عن اهل الحجاز انهم قالوا ان النبي صلى
الله عليه رجم اليهوديين قبل الجزية ذكره في سورة المايدة يعني انهم لما اقروا اثبتوا
الجزية على شركهم سقط الرجم ثم قيده بالرجم في قوله واحصان الرجم احترازا من
احصان القذف قال بينهما مغايرة على ما يجي في باب القذف ان شاء الله تعالى قوله
دونهما اي دون العقل والبلوغ قوله وما وراءهما اي ما وراء العقل والبلوغ من الشرط
قوله عند تكثرها اي عند تكثر النعمة ما انعم الله به على عباده من مال او رزق كذا في الجمهرة
وفي الاصطلاح يعني بها النفع الواصل من جهة الغير من غير سابقة الاستحقاق
على ذلك الغير قوله وهذه الاشيا من جلايل النعم اي الحرية والعقل والبلوغ والاسلام
والدخول بها في نكاح صحيح وهما على صفة الاحصان قوله عند استجماعهما اي استجماع هذه
الاشيا قوله فناطه به اي تعلق الرجم باستجماع هذه الاشيا فاذا وجد الزنا عند استجماعها
يجب الرجم والا فلا قوله بخلاف الشرف والعلم يحصل بقوله وهذه الاشيا من جلايل النعم جوابا
لسؤال المقدر بان يقال لما كانت الاشياء المذكورة من جلايل النعم كانت شرايط الاحصان
والشرف والعلم لان الشرع لم يعتبرهما لانهما لا ينضبطان لانه ليس لهما حد معلوم
اما نعمة الاسلام فمضبوط ولها حد معلوم وكذا نعمة الجمال لم يكن شرطا في الاحصان لعدم
الضبط والشرف علو الحسب وحسب الرجل ما ثره بابه عند اهل الكوفة كذا في الجمهرة قوله
والنكاح الصحيح من الوطي الحلال اي النكاح الصحيح الناكح من الوطي الحلال والاصابة شبع

فثبت ان الاسلام [illegible] وهذا سالم [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] الزنا

بالحلال اي الاضافة بل النكاح الحلال شبع للزوج من الزنا يعني يحصل بالنكاح الصحيح
مكنه في الوقوع الحلال وبالدخول يحصل الشبع وكذا الاسلام يحصل به المكنة من
نكاح المسلمة ويوكدها لان الاسلام ايضا اعتقاد الحرمة فكان كل واحد منهما نعمة فيشترط
في احصان الرجم ليكون وجوب الرجم المساهي في العقوبة بعد تكامل النعمة قوله فيكون
الكل مزجرة عن الزنا اي سبب الزجر قوله ويشترط صفة الاحصان فيهما عند الدخول
اي في الزوج والمزوجة يعني يشترط في قول الفقهاء وقد دخل بها وهما على صفة الاحصان
وفايدة ما قال في المتن لو دخل في المنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون
محصنا قال الحاكم الشهيد في الكافي قال ابو يوسف يكون محصنا بجماع الكافرة هذا هو
الظاهر الرواية عن ابي يوسف وروى الطحاوي والكرخي في ظاهر الرواية عن ابي يوسف
ان النصارى يحصن بعضهم بعضا وان المسلم يحصن النصرانية وهي لا تحصن
المسلم قوله وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهذا ايضا فايدة
شرط الاحصان فيهما عند الدخول اي لا يكون الزوج محصنا ايضا اذا كان هو كافرا
وزوجته مسلمة او كان مملوكا وزوجته حرة او كان مجنونا وزوجته عاقلة او كان صبيا
وزوجته بالغة وهذا لان الجنون يوجب النفرة والصبي يقلل الرغبة وعن زوجته تنفر
المرقوقة لئلا يرق ولدها فليس مع الاختلاف ائتلاف فلا تتكامل النعمة مع
هذه العوارض ولا يقال كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمراة مسلمة لانا نقول
يتصور فيما اذا كانا كافرين فاسلمت المراة ثم دخل بها الزوج فانهما يبقيان زوجين
مالم يفرق القاضي بالاباء عند عرض الاسلام قوله والحجة عليه ما ذكرناه اي الحجة على
ابي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن قوله وقوله عليه
الصلاة والسلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرة الامة ولا الحرة
العبد عطف على قوله ما ذكرناه اي الحجة على ابي يوسف ما ذكرناه وهذا الحديث ثم هذا الحديث
مذكور مرسلا هكذا في باب الاحصان من المبسوط لشمس الايمة السرخسي ولكن محمدا
قال في الاصل لا يحصن الرجل المسلم الا المراة الحرة المسلمة اذا دخل بها ثم قال بلغنا
ذلك عن عامر بن ابراهيم النخعي قوله ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد هذا لفظ
القدوري في مختصره قلت قال في شرح الاقطع قال اهل الظاهر يجلد المحصن ثم يرجم

هو

هو قول احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه وفي الرواية الاخرى عنه مثل قولنا
وقول اسحق مثل احمد انه يجلد ويرجم لهم ما روى في السنن وغيره مسندا الى عبادة بن صامت
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب جلد مائة ورمي بالحجارة والبكر
بالبكر جلد مائة ونفي سنة وحدث الطحاوي باسناده في شرح الاثار الى عبادة بن
الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا عني قد جعل الله عز وجل لهن
سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب مائة جلد والرجم وروى
الطحاوي ايضا باسناده الى جابر ان رجلا زنا فامر به صلى الله عليه وسلم فجلد ثم اخبر
انه كان قد احصن فامر به فرجم قال في الجامع الترمذي العمل بهذا عند بعض اهل
العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم علي ابن ابي طالب وابي بن كعب وعبد
الله بن مسعود ولنا ما روى البخاري في الصحيح وغيره مسندا الى ابي هريرة عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال يا انيس اغد على امراة هذا فسلها فان اعترفت فارجمها
فاعترفت فرجمها بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بالرجم وحده لا بالجلد والرجم جميعا
وقد صح في جميع كتب الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يجلده قال
في الجامع الترمذي قال بعض اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم ابو بكر
وعمر وغيرهما الثيب انما عليه الرجم ولا يجلد ولان اقصى ما في الباب من العقوبة الرجم
فلا حاجة الى ما دونه مع وجوده ثم ان الجلد لزجر غير الزاني فزجر غيره حصل بالرجم
فوق ما يحصل بالجلد وان كان لزجر الزاني فزجره بعد هلاكه بالرجم لا يكون ولان
العقوبات المتفق عليها شيء واحد فالقطع في السرقة والجلد في القذف لا غير فينبغي
ان يكون عقوبة الزاني المحصن ايضا كذلك شيئا واحدا وهو الرجم والجواب عن حديث
عبادة فنقول ان ذاك منسوخ لان اول اية نزلت في هذا الباب قوله تعالى واللاتي
ياتين الفاحشة من نسائكم الى قوله تعالى او يجعل الله لهن سبيلا ثم نسخ ذلك
بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا الحديث ولم يكن
بين الاية وبين حديث عبادة حكم اخر ثم حديث ماعز متاخر عن حديث عبادة
لا محالة وكذا حديث ابي هريرة وقد رواه ايضا زيد بن خالد الجهني وهو ما قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نبس احد على امراة هذا والحكم المتاخر عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم ينسخ حكمه المتقدم لا محالة اذا كان من الحكمين مخالفة والجواب
حديث جابر اسهل ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اخبر ان المحدود محصن رجمه بعد
ان جلده على انه غير محصن لم يكن ذلك جمعا بين الجلد والرجم لان الجلد لا يقع حدا
اصلا لانه كان باعتبار انه غير محصن **فان قلت** كيف يصح دعوى النسخ بحديث ماعز
والغامدية مع حديث علي وحكمه في خلافته بين الجلد والرجم ان ثبت فقد ثبت اجماع
الصحابة قبل ذلك بخلافه في خلافة عمر فاجماعهم اولى من تفرده علي بعد اجماعهم المنعقد
الا ترى الى ما حدث الطحاوي في شرح الآثار عن يونس قال اخبرنا ابن وهب
ان مالكا حدثه عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ابي واقد الليثي ان عمر
ابن الخطاب اتاه رجل وهو بالشام فذكر انه وجد مع امرأته رجلا فبعث عمر ابا واقد
الليثي الى امرأته يسائلها عن ذلك فاتاها وعندها نسوة حولها فذكر لها الذي
قال زوجها لعمر ابن الخطاب واخبرها انها لا تؤخذ بقوله وجعل يلقنها اشباه
ذلك لتنزع فابت ان تنزع وتلبثت على الاعتراف فامر بها عمر فرجمت وكان ذلك
بحضرة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلدها عمر قبل الرجم فحل محل الاجماع
لانه ما خالفه احد ويحتمل ان يكون علي رضي الله عنه جلدها لانه لم يكن ثبت عنده
احصانها ثم لما ثبت احصانها رجمها وقال جلدتها بكتاب الله وهو قوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا الاية ورجمتها بالسنة حيث ثبت الاحصان لها وجايز ان يكون استشكل
الجلد مائة ثم رجمها وهو قولنا اذا استشكل الجلد حتى ثبت الاحصان **ولا** يجمع في
البكر بين الجلد والنفي وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يرى الامام
مصلحة فيغرب به على قدر ما يرى قال الحاكم في الكافي قال ابن ابي ليلى ينفى الى بلد غير البلد الذي
فجر فيه واعلم ان حد زنا البكر عندنا جلد لا غير وعند سفين ومالك وعبد الله ابن المبارك وابن ابي ليلى
والشافعي واحمد واسحق يجلد وينفى سنة ان كان البكر حرا وفي العبد ثلاثة من الشافعي
في قول يغرب ستة اشهر وفي قول سنة وفي قول لا يغرب اصلا بل يجلد خمسين وهو
قول احمد والمرأة تغرب مع محرم واجرته عليها في قول وعلى بيت المال في قول وان امتنع
المحرم قيل يجبره السلطان على الخروج معها وقيل لا واذا كانت الطريق امنة ففي
تغريبها بغير محرم وجهان ولا ينقص من مسافة الغربة عن مرحلتين وله الخيار في

جهات

جهات السفر فان رجع المغرب الى بلده لم يتعرض له واذا عاد المغرب يخرج ثانيا
ولا يحتسب المدة الماضية لهم قوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله
لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام الثيب بالثيب جلد مائة والرجم وروي
في جامع الترمذي مسندا الى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب و
ان ابا بكر ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب ولان في التغريب قطع مادة الزنا
لان الزنا انما يكون بالمصاحبة والمجادلة مع الاحباب والجنايات عند فراغ القلب
والغربة تفوت هذه الاشيا وتمنعها ويدل على هذا ما قيل لامرأة من العرب
ما حملك على الزنا مع فضل عقلك فقالت طول السواد وقرب الوساد والسواد
مصدر ساوده اذا ساره ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد
منهما مائة جلدة بيانه انه تعالى جعل جزاء كل واحد من الزانية والزاني الجلد لا غير
وهذا لان الفاء للجزاء والجزاء عبارة عن الكافي فلا ينبغي وجوب غيره كما اذا قال
لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة فاذا وجد الشرط يقع طلاق واحدة
لا غير لانه هو الجزاء فلا يجب نفي اذن وروى البخاري في الصحيح مسندا الى ابي هريرة
وزيد بن خالد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت
ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو
بضفير والضفير الحبل وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا زنت امة احدكم
فليجلدها بكتاب الله فان عادت فليبعها ولو بحبل من شعر قد روي الحديث
عن قوم ولا يقيم المولى الحد على عبده وجه التمسك بهذه الاحاديث ان النبي صلى الله
عليه وسلم امر بالجلد على الامة ولو كان النفي واجبا مشروعا حدا لبينه ايضا
لانه تعالى قال فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولان في التغريب ان كان
حسم مادة الزنا من الوجه الذي قال الخصم فتح باب الزنا من وجهين احدهما
ان الانسان يمتنع عن الزنا في بلدته استحياء من اقاربه وعشائره وبعض رفقائه
ففي الغربة يرتفع الحياء فيقع في الفاحشة لانتفاء المانع والثاني ان المرأة
محتاجة الى النفقة لا محالة وهي عاجزة عن الكسب فتتخذ الزنا مكسبة فتفعل
بعينه وذلك اقبح وجوه الزنا وافحشها ولانا فيما قال يلزم الحد بالرأي وذلك

لا يجوز لان الحد لا يثبت بالشبهة وفي الزنا شبهة ولان الاية وجبت جلد
مائة حدا فلو كان الجلد مع التغريب حدا لم يكن الجلد وحده حدا لانه يكون بعض
المشروع فلا يسقط به الفرض الذي لزمنا اقامته كالرابعة من الركعتين فكانت
الزيادة نسخا معنى فلا يجوز النسخ بخبر الواحد فان قيل فلا يكون الزيادة نسخا لان
كل سنتين يصح اجتماعهما لا يكون ناسخا للاخر كايجاب الزكوة بعد الصلاة وليس
يمنع اجتماع الجلد والنفي قلنا وقوع النسخ ليس بمقصور على ما لا يصح اجتماعهما
لانه كان يصح اجتماع الجلد مع الحبس والاذى ثم الحبس والاذى نسخا بالجلد
وصوم عاشورا نسخ بصوم رمضان فكذلك نسخت ساير الصدقات
بالزكوة وقد كان يصح الاجتماع ولا يشبه الزيادة على النص ايجاب فرض
بعد فرض لان وجود احد الفرضين وعدمه لا تاثير له في الفرض الاخر لا في الجواز
ولا في البطلان لان ترك الزكوة لا يؤثر في صحة الصلاة وعدم بعض الحد يمنع كون
الباقي حدا كما ان ترك بعض اعضاء الوضوء في الطهارة يمنع الباقي ان تكون طهارة
ولكن ترك ركعة من الفرض تمنع الباقي ان يكون فرضا والجواب عما تمسكوا من حديث
التغريب فنقول انه منسوخ بحديث ماعز كما تقدم بيانه في المسئلة المتقدمة وهو
منسوخ بقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الا انه عليه الصلاة والسلام قال خذوا عني
قد جعل الله لهن سبيلا ولو كانت هذه الاية نازلة من قبل لقال خذوا عن القران
فدل على الاية متاخرة ناسخة لحديث التغريب وتغريب ابي بكر وعمر محمول على التعزير
والسياسة بدليل ما قلنا وذلك جائز عندنا ايضا وكلامنا في نفي مشروعية النفي حدا
الا ترى ان عمر نفى نصر ابن الحجاج لافتتان النسا بصباحة وجهه ومعلوم ان صباحة
الوجه لا توجب التعزير وقد قال علي نفي بالنفي فتنة بيانه فيما ذكر العتبي في حديث
مذكور ابن الزبير في كتاب الغريب ان الوبعة بنت تمام ام الحجاج بن يوسف كانت
تحت المغيرة بن شعبة وهي القايلة الا سبيل الى خمر فاشربها ام لا سبيل الى نصر بن
حجاج وكان نصر بن الحجاج من بني سليم وكان رجلا جميلا رايعا فمر عمر ابن الخطاب ذات
يوم ليلة وهذه المراة تقول ذلك البيت فدعى بنصر بن حجاج فسيره الى البصرة
فاتى مجاشع بن منصور السلمي وعنده امراته شهيله وكان مجاشع اميا فكتبت

نصر

نصر على الارض احبك حبا لو كان فوقك لاظلك ولو كان تحتك لاقلك فكتبت
المراة فانا والله فكتب مجاشع على الكتابة اناه ثم ادخل كاتبا فقراه فاخرج نصر
ان طلقها وكان عمر ابن الخطاب سمع ايضا قائلا بالمدينة اعوذ برب الناس
من شر معقل اذا معقل راح بقيع مرجلا يعني معقل بن سنان الاشجعي وكان جميلا
قدم المدينة فقال عمر الحق ببادتيك فقال رجل شعره بالجيم اي جعده اوالى كونه
كل المذكور والضمير راجع الى الجلد بيانه ان المذكور في الاية هو الجلد لا غير فيكون
كل المذكور فاذا كان كل المذكور يكون كل الموجب لانه لو كان يجب شيء اخر لبينه لان
الموضع موضع يحتاج اليه الى البيان وترك البيان في هذا الموضع لا يجوز للزوم الاخلال
قوله وهو عليه الصلاة والسلام الضمير راجع الى شطره اي شطر الحديث قوله عليه
الصلاة والسلام الثيب بالثيب الحديث وقد عرف طريقه في موضعه اي عرف طريق
نسخ قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام في طريقة الخلاف
وعن بيناه على وجه يرتضيه العاقل المصنف قوله الا ان يرى الامام مصلحة فيغربه
على ما قدر يراه استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين النفي والجلد يعني اذا راى الامام التغريب
مصلحة لدعات الزاني فيجوز ذلك على انه تعزير وسياسة لا على انه حد كما روي من
تغريب نصر وقد مر ذلك قوله واذا زنى المريض وحده الرجم رجم هذا لفظ القدوري وفي
مختصره اعلم ان المريض اذا زنا لا يخلو من احد الامرين اما ان كان محصنا او غير محصن فان
كان محصنا رجم بلا انتظار لانه مستحق الهلاك والرجم في حالة المرض اقرب الى الهلاك
وان كان غير محصن ينتظر الى ان يبرء ثم يجلد لان الاهلاك ليس بمستحق عليه والجلد في
هذه الحالة قد يفضي الى الهلاك فيوقف الى البرء وهذا قال الشيخ ابو نصر وغيره يجب
يجلد في الحر الشديد والبرد الشديد لخوف التلف قوله واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع
حملها هذا لفظ القدوري اعلم ان الحامل اذا زنت لا تحد حالة الحمل سواء كان حدها
جلدا او رجما لان في الرجم اهلاك ولدها والمستحق اهلاكها لا اهلاك ولدها و
في الجلد يخاف عليها اهلاك ولدها والحد شرع زاجرا لا متلفا لكن تحبس الحامل ان كانت
ثبت زناها بالبينة الى ان تلد لئلا يفوت الحد بهربها ثم اذا ولدت ينظر ان كانت
محصنة ترجم حين تضع ولدها وان كانت غير محصنة تركت حتى تخرج من نفاسها

ثم يقام عليها الحد والمعنى ما قلنا واذا ثبت زنا الحامل بالاقرار لا يحبس لعدم الفايدة
لان لها ان ترجع فيسقط الحد وهذا ذلك واهرب دليل الرجوع فلا يفيد الحبس فايدة وجه
الظاهر ما روي في السنن مسندا الى عمران ابن حصين ان امراة من جهينة اتت
النبي صلى الله عليه وسلم فقالت انها زنت وهي حبلى فدعا النبي صلى الله عليه وسلم
وليها فقال لها صلى الله عليه وسلم احسن اليها فاذا وضعت فجئ بها فلما وضعت
جيء بها فامرها النبي صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ثم امر بها فرجمت ثم امرهم
فصلوا عليها وجه تلك الرواية ما روي في السنن ايضا مسندا الى عبد الله بن بريدة
عن ابيه ان امراة من غامد اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت اني فجرت فقال
ارجعي فرجعت فلما كان من الغد اتته فقالت لعلك تردني كما رددت ماعز ابن
مالك فوالله اني حبلى فقال لها ارجعي فرجعت فلما كان من الغد اتته فقال لها ارجعي
حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي فقالت قد ولدته فقال ارجعي فارضعيه
حتى تفطميه فجاءت به وقد فطمته وفي يده شيء ياكله فامر بالصبي فدفع الى رجل
من المسلمين وامر بها فحفر لها وامر بها فرجمت قال الحاكم الشهيد في الكافي فان ادعت
انها حبلى اراها القاضي فان تكن هي حبلى حبسها الى سنتين ثم يرجمها فان شهد وا عليها
بالزنا فادعت انها عذراء او رتقا فنظر اليها النساء فقلن هي كذلك درئ عنها
الحد ولا حد على الشهود ايضا وكذا المجبوب لان المجبوب لا يزني ولا حد على قاذفه
ويقبل في الرتقا والعذراء والاشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امراة واحدة
قال في الفتاوى الولوالجي والمثنى احوط قوله ولا يتعالى من نفاسها فقال تعالت
المراة من نفاسها وتعلت اي خرجت والله اعلم بالصواب باب الوطي الذي يوجب
الحد والذي لا يوجبه ذكر اولا في اول كتاب الحدود ثبوت الحد بالبينة او الاقرار
ثم ذكر بعد ذلك في فصل يليه كيفيته واقامته ثم ذكر في هذا الفصل تنوع الوطي الى
موجب للحد وغير موجب له لان تنوع الشيء بعد وجوده بصفاته وهذا ظاهر
قوله قال الوطي موجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل
المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك اعلم اولا ان وضع كتاب الهداية على
بيان مسايل الجامع الصغير والقدوري ومع كل موضع يذكر لفظه قال محمد يريد

او القدوري وههنا ذكر لفظ قال ولم يرد به احدا منهما فكان على خلاف وضعه وكان ينبغي ان
يقول قال العبد الضعيف باسناد الفعل الى نفسه او تقول اعلم ان الوطي الموجب للحد هو
الزنا حتى يرتفع الالتباس ثم اعلم ان الزنا هو الموجب للحد لقوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والزنا هو الوطي الحرام الخالي عن ملك الرقبة وعن
ملك البضع وعن الشبهة والوطي ايلاج الذكر في فرج المراة يعني بالشبهة شبهة
الحل والشبهة ما تشابه الحقيقة ماخوذة من المتشابهة كالتشبيه لان الاشتراك
في الحروف الاصلية يدل على الاشتراك في المعنى الاصلي ثم انما يسقط الحد بالشبهة
لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات والشبهة على نوعين شبهة
اشتباه وهي ان يشتبه عليه الحال بان تظن انها تحل عليه وهذه الشبهة يسمى شبهة
في الفعل والنوع الثاني في المحل وهي ان تكون شبهة ناشية من المحل بان تكون في
المحل شبهة الملك اعني شبهة ملك الرقبة او ملك البضع وهذه الشبهة تسمى
شبهة حكمية باعتبار ان المحل اعطى له حكم الملك في اسقاط الحد وان لم يكن الملك
ثابتا حقيقة ثم كل واحدة من الشبهتين يسقط بها الحد لاطلاق الحديث المذكور
الا ان في كل موضع ثبت شبهة الاشتباه اذا قال علمت انها علي حرام وجب الحد لارتفاع
الاشتباه وفي شبهة المحل لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام لقيام الشبهة بقيام
المحل ثم شبهة الفعل على ما قالوا في شروح الجامع الصغير في ثمانية مواضع جارية الاب
وان علا وجارية الام وجارية الزوجة والمطلقة ثلاثا اذا وطيها في العدة والمطلقة
باينا والطلاق على مال ما دام هو لد قد اعتقها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد
والجارية المرهونة في حق المرتهن على رواية كتاب الحدود وانما وجب الحد على هذه
الرواية اذا قال علمت انها علي حرام لانه لا ملك له فيها ولا حكم ملك وانما له حق الاستيفا
فصار كالغريم وطي جارية الميت فانه يحد اذا ادعى الظن ايضا وشبهة المحل في ستة
مواضع جارية الابن والمطلقة طلاقا باينا بالكناية باختلاف الصحابة في ان الكنايات
رواجع او رواجع والجارية المبيعة في حق البايع قبل التسليم والجارية المجعولة مهرا
في حق الزوج قبل التسليم والجارية المشتركة بينه وبين غيره والجارية المرهونة في

حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن فعلى هذه الرواية لا حد عليه لانها محبوسة للا ستيفا
فاشبه الجارية المبيعة فى يد البايع **قوله** وانه فى عرف الفرج واللسان وطى الرجل
المراة فى غير الملك وشبهة الملك فان قال قايل من علامات صحة الحد ان يكون مطردا
ومنعكسا فاذا انتفى احدهما فسد الحد وهذا مطرد لا منعكس لانه يصح ان يقال
كل ما كان وطى الرجل المراة بهذه الصفة فانه زنا فصار مطردا ولا يصح ان يقال كل
ما كان ليس بوطى الرجل المراة بهذه الصفة ليس بزنا لان فعل المراة يسمى زنا وان لم يطا
الرجل لان الواطى هو الرجل لا المراة **قلت** هذه مغالطة لان الوطى لغة مشترك
بين الرجل والمراة فاذا وجد فعل الوطى بينهما نصف كل واحد منهما به ويسمى هذا واطيا
وتلك واطية ولهذا سماه الله تعالى زانيا وسماها زانية فقال الزانية والزاني ولم
يقل الزانية والزاني **قوله** فالاول يتحقق فى حق من اشتبه عليه اى الشبهة الاولى وهى
شبهة اشتباه يتحقق اذا ثبت الاشتباه وقال ظننت انها تحل لى والا فلا **قوله**
والثانية ان شبهة المحل يتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته اى يتحقق فى
حق الكل سواء ادعى الظن او علم الحرمة **قوله** بالنوعين اى بشبهة الفعل وشبهة
المحل **قوله** لاطلاق الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات
قوله والنسب يثبت فى الثانى اذا ادعى الولد اى المذكور الثانى وهو شبهة المحل
وذاك لان الفعل لما لم يكن زنا لشبهة فى المحل ثبت نسب الولد بالدعوة
لان النسب مما يحتاط فى اثباته **قوله** ولا يثبت فى الاولى وان ادعاه اى لا يثبت النسب
فى شبهة الفعل وان ادعى الولد لانه لا حق له فى المحل لوقوع الفعل زنا الا انه سقط
الحد لدعوى الاشتباه وان لم يدع الظن وجب الحد قال فى الفتاوى الولوالجى
ولو ادعى احدهما الظن ولم يدع الاخر فلا حد عليهما لان الشبهة فى حق احد
الجانبين يتعدى الى الاخر **قوله** محض زنا اى خالص **قوله** وان سقط الحد لامر
راجع اليه اى الى الفعل **قوله** وهو اشتباه الامر عليه اى الامر الراجع
اليه هو اشتباه الحل الوطى **قوله** ولم يتمحض فى الثانية اى فى شبهة المحل لم يتمحض
الفعل زنا لقيام الدليل النافى للحرمة لقيام المحل **قوله** والشبهة فى المحل فى ستة مواضع

جارية

جارية ابنه قال فى الفتاوى الولوالجى وكذا لو وطيها الجد وان علا من قبل الاب
لان اسم الاب ينتقل اليه **قوله** ثم الشبهة عند ابى حنيفة يثبت بالعقد وان كان
متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا يثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك
فى نكاح المحارم اراد بالباقين ولا فرق عند ابى حنيفة فى سقوط الحد بين
ان يكون العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا فيه او يكون الوطى عالما بالحرمة
او حراما متفقا عليه او مختلفا فيه او يكون الوطى عالما بالحرمة او جاهلا وسيجى بيانه
عن قريب ان شاء الله تعالى عند قوله ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطيها لا يجب عليه
الحد عند ابى حنيفة وهو المراد بقوله ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما ياتيك ان شاء الله
قوله اذا عرفنا ذلك نقول ومن طلق امراته ثلاثا ثم وطيها فى العدة وقال علمت انها على
حرام حد اى اذا عرفنا الذى مهدنا من اقسام الشبهة الى نوعين يذكر ما يتعلق بها من
المسايل وبيان حكمها بعد بيان حقيقة الزنا نقول هذه المسئلة وما يليها لانها تبتنى
على ما قلنا وهذه المسئلة من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورته فيه محمد بن يعقوب
عن ابى حنيفة فى رجل طلق امراته ثلاثا ثم وطيها فى العدة وقال علمت انها حرام على قال
عليه الحد اعلم ان وطى مطلقة ثلاثا فى العدة يجب عليه الحد اذا قال علمت انها على حرام
واذا قال ظننت انها تحل لى لا حد عليه ولا على قاذفه نص عليه الحاكم فى الكافى اما فى الفصل
الاول فلان الحل فى الوطى يثبت بالملك فقد زال الحل من كل وجه فلما زال من كل وجه لقوله تعالى
فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره واما فى الفصل الثانى فانما لا يجب الحد لانه
ادعى الاشتباه فتدخل الشبهة فى الفعل وهى مسقطة للحد بالحديث وانما اعتبر ظنه لانه
وقع فى موضعه لان اثار الملك قايمة من العدد والحبس ووجوب النفقة فى العدة
المزوج ولم يعتبر فى الفصل الاول قول الزيدية والامامية شبهة فى اسقاط الحد فان
الزيدية يقولون اذا طلقها ثلاثة لا يقع الا واحدة والامامية يقولون انه لا يقع
شى اصلا لكونها خلاف السنة ويزعمون انه قول على لان ذلك خرق للاجماع وافتراء
على على رضى الله عنه فانه قد صح عن على انه قال كل طلاق جايز الا طلاق الصبى و
المعتوه كذا ذكر شمس الايمة السرخسى وغيره فى شرح الكافى وغيره **قوله** ولا يعتبر
قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف اراد بالمخالف الزيدية والامامية وقد ذكرنا

انتهى قال الامام حميد الدين الضرير في شرحه الفرق بين الخلاف والاختلاف
ان الخلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصود واحدا والخلاف ان يكون كلاهما
مختلفا هذا حاصل كلامه وقال فخر الاسلام البزدوي في اول شرح الجامع الصغير
الاختلاف من آثار الرحمة والخلاف من آثار البدعة واراد به التفرق المذكور
وكذا اراد صاحب الهداية ولي فيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة ما قالوا
يقال اختلف القوم اختلافا خالفوا مخالفة وخلافا اذا لم يتفق بعضهم بعضا
قوله لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة هذا دليل لكون الخلاف في
موضعه فان قلت كيف يصح دعوى قيام النسب وقد اوردوا المطلقة الثلاث
في قسم شبهة الفعل وقد ذكروا ان في كل موضع كانت الشبهة الفعل لم يثبت نسب
الولد وان ادعى وقد ذكر صاحب الهداية نفسه ايضا كذلك حيث اوردها في قسم
شبهة الفعل وقد قال قبل ذلك ولا يثبت في الاولى وان ادعاها اى لا يثبت النسب
في شبهة الفعل لان الفعل تمحض زنا فعلم ان ذكر قيام النسب هنا تناقض او سهو
قلت هذه مغالطة لان معنى قوله لان اثر الملك قائم في حق النسب قيام النسب
باعتبار العلوق السابق على الطلاق لان نسب ولد المبتوتة يثبت لاقل من
سنتين من وقت الطلاق ولا يثبت لتمام سنتين وقد عرف ذلك في باب ثبوت النسب
وليس معناه ان الواطي في عدة المطلقة الثلاث اذا ادعى نسب ولدها باعتبار هذا
العلوق يصح لان فعله زنا وفي الزنا لا يثبت النسب بحال فلا جرم لا يثبت اذا ادعى
فعرفت انه لا مناقضة ولا سهو والحمد لله رب العالمين قوله وام الولد اذا اعتقها
مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث يعني اذا وطئ كل واحدة
منهن في العدة وقال علمت انها حرام علي حد لزوال الحل من كل وجه واذا قال ظننت
انها تحل لي لا حد للشبهة لان قيام اثر الملك من العدة ووجوب النفقة اورث شبهة
قوله ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة
وقال علمت انها علي حرام لم يحد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال الحاكم
الشهيد في الكافي وان ابانها بشيء من الكنايات ثم جامعها وهو يقول علمت انها علي
حرام فلا حد عليه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا طلقها تطليقة

بائنة

بائنة ثم وطئها في العدة لا حد عليه سواء ادعى الشبهة او لم يدع لان الشبهة
شبهتان شبهة حكم وشبهة اشتباه فهنا شبهة حكم لان اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم اختلفوا فيه قال بعضهم الكنايات كلها بوائن وقال بعضهم رجعية وجعلها
بعضهم ثلاثا فاذا اورث اختلاف الصحابة شبهة في المحل لان في الواحدة الرجعية
يبقى الحل فيبتني على هذا ان يثبت النسب بالدعوة على ما اشار اليه الصدر الشهيد
بقوله يثبت النسب ادعى او لم يدع وذاك لان الفعل لم يقع زنا لبقاء الحل باعتبار الشبهة
في المحل ولكن قال فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير ولا يثبت نسب الولد
في ذلك كله لانه زنا وانما يسقط الحد للشبهة لانه عقوبة ولا يثبت النسب بالزنا الى
هنا لفظه فكأنه جعل هذه الشبهة شبهة الاشتباه وليس ذلك يصح عندي لان
الرواية منصوصة في الجامع الصغير وفي الكافي للحاكم انه لا يجب عليه الحد وان قال
علمت انها علي حرام فلو كان الامر كما قال فخر الاسلام لوجب عليه لزوال الاشتباه بقوله
علمت انها علي حرام فلما لم يجب علم انها من قبيل شبهة المحل وفي شبهة المحل لم يقع الفعل
زنا فيثبت النسب بالدعوة فافهمه ان شاء الله تعالى وقال الحاكم في الكافي اذا حرمت المرأة
على زوجها بردتها او مطاوعة لابنه او بجماعه مع امها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه
حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الفقهاء يقول لا يحرم الحرام الحلال فاستحسنت
ان ادرأ الحد بهذه الشبهة قوله وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك اى كذلك
الحكم اذا نوى ثلاثا من الفاظ الكنايات ثم وطئها في العدة يعني لا يحد وان قال علمت
انها علي حرام لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب
قوله ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام وهذا
لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الاب اذا وطئ جارية ولده لا يجب عليه الحد
سواء ادعى الشبهة او لم يدع لان للاب تأويل الملك في جارية ابنه لقوله عليه الصلاة
والسلام انت ومالك لابيك فصار شبهة في المحل ويثبت النسب اذا ادعى الاب
ذلك لانه ملكها بالقيمة ولا عتق عليه لان الاب لما ملكها بجميع القيمة سقط العقر
لانه ضمان الجزء وقد مر تحقيق ذلك في باب الرقيق فينظر ثمة لا محالة اما الجد اذا
وطئ جارية ولد ولده لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الاب حيا كذا ذكر

الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذلك لان الحد يكون محجوبا بما يجب فلم يثبت
النسب لعدم تاويل الملك في الحال وانما يجب لان القرابة التي بها تتناول الملك
في ثاني الحال قائمة في الحال اعني قرابة الولادة فتمكنت الشبهة فدرئ الحد بها وكذلك
كل موضع كان سقوط الحد فيه لشبهة في المحل لا فرق فيه بين ان يعلم الحرمة او لا يعلم
لقيام الشبهة في الحالين كالجارية المبيعة قبل القبض لان ملك المشتري لم يستقر
فيها قبل القبض وهذا اذا هلكت ينفسخ البيع وكذلك الممهورة قبل القبض لما قلنا
ولان ملك اليد باق حكما وكذلك الجارية المشتركة اذا وطئها احد الشريكين لا يحد لان
له فيها ملكا فصار شبهة قوله وقد ذكرناه اي في باب نكاح الرقيق قوله واذا وطى
جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه
فان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطى جارية مولاه وهذه من مسائل
القدوري اعلم ان الشبهة في هذه المواضع شبهة اشتباه لحصول الانبساط
الكلام استعمالا بين هؤلاء لان الابن يتناول مال ابويه وينتفع به بلا تكلف والتعرف
وكذا الزوج في مال زوجته وكذا العبد في مال مولاه فلما جرى الانبساط بينهم اشتبه
الوطي فاذا ادعى الاشتباه سقط الحد للشبهة لكن لا يثبت النسب لان الفعل
زنا في الواقع واذا قال علمت انها علي حرام حد لزوال الاشتباه ولا يحد قاذف
الابن والزوج والعبد بجهل الحرمة لان الفعل وقع منهم زنا الا ان الحد سقط
للشبهة وقاذف الزاني لا يحد قال في الاجناس قال في الاصل الحسن قال ابو حنيفة
اذا زنا بجارية امراته وقال ظننت انها لي حلال عليه العقر ولا حد عليه ولا يثبت نسب
الولد ان جاءت به وصدقته المراة او لم تصدقه ولو قال علمت انها علي حرام
ولا عقر عليه وعليه الحد ولا يثبت النسب قوله وظنه في الاستمتاع اي ظن الواطي
الانبساط في الانتفاع الاستعمالي في حل الاستمتاع بالجارية فكانت الشبهة
شبهة اشتباه قوله وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع اي لم يدع
الواطي وان لم يدع الاشتباه اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي ان عبد مولاي او
مولاتي وابن مولاي يحل لي لان دعوى الاشتباه يسقط عنها الحد
فاذا سقط سقط عنه لان الفعل واحد فان قلت يشكل هذا بما اذا زنا بالغ

بصبية

بصبية حيث يجب عليه الحد ولا يجب عليها مع ان الفعل واحد قلت نعم ان الفعل
واحد ودرء الحد عنها لا للشبهة بل لعدم الاهليتها للعقوبات لكونها مرفوعة القلم
فلم يؤثر ذلك في اسقاط الحد عنه لعدم الشبهة بخلاف ما نحن فيه فان سقوط احد
الجانبين للشبهة في اسقاط الحد في الجانب الاخر ايضا لان الفعل واحد قوله
في الظاهر اي في ظاهر الرواية قوله وان وطى جارية اخيه او عمه وقال ظننت
انها تحل لي حد وذلك لانه لا شبهة هنا لا في الملك ولا في الفعل لعدم الانبساط
فلا يعتبر دعوى الظن وكذا الحكم في ساير المحارم سوى قرابة الولاد كالخال والخالة
وغيرهما هذا المعنى قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه لا انبساط في المال فيما بينهما
قوله ومن زفت اليه غير امراته وقال النساء هذه زوجتك فوطيها لا حد عليه وعليه
المهر وهذا لفظ القدوري في مختصره اما عدم وجوب الحد فلان الموضع موضع الاشتباه
بيانه ان الانسان لا يميز بين امراته وبين غيرها في اول الوهلة الا بالاخبار
وخبر الواحد مقبول في امور الدين والمعاملات ولهذا اذا جاءت الجارية بعثني مولاي
اليك هدية يحل وطيها اعتمادا على قولها فلما كان الموضع موضع اشتباه تحقق
الشبهة فيسقط الحد اما وجوب المهر فلان البضع لا يخلو عن احد الموجبين اما الحد
اما الحد واما المهر فلم يجب الحد للشبهة فيجب المهر وهو مؤيد بقضاء علي بن ابي طالب
روى اصحابنا في كتبهم انه قضى كذلك ويثبت نسب الولد ان جاءت به فليست كالتي
فجر بها وقال حسبتها امراتي حيث لا يثبت نسب ولدها ووجب عليه الحد وبه صرح
في الكافي للحاكم الشهيد ويجب على المزفوفة العدة وقد مر تفصيلها في باب العدة
فلينظر ثمة ثم قوله وقال النساء ذكر الفعل لان تانيث الجمع ليس بحقيقي قال الله تعالى
واذا جاءك المؤمنات وفي بعض النسخ وقلن النساء وذلك لا يجوز على اللغة
الفصيحة ويجوز على ضعف كقولهم اكلوني البراغيث حكاه سيبويه ومعنى قوله زفت
اي بعث وهو من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وضمها في المستقبل
يقال لقيته اول وهلة اي اول كل شيء قوله فصار كالمغرور اي صار الذي زفت
اليه غير امراته فوطيها كالمغرور وهو الذي وطى امراة معتمدا على يمين او على
نكاح ثم استحقت فلا يجب عليه الحد للاشتباه فكذلك زفت اليه غير امراته فوطيها

في ظاهر الرواية لان قاذف الباقي لا يحد والمقذوف زنا لانه لا ملك له في الاجنبية
فسقط احصانه وهذا معنى قوله لان الملك منعدم حقيقة وروى عن ابي يوسف
في غير ظاهر الرواية انه يحد لان احصان المقذوف لا يسقط لانه بنى الامر على
الظاهر جوابه لما ظهر ان الواقع بخلاف الظاهر شبهة في اسقاط الحد لكن سقط
احصانه لوقوع الفعل زنا قوله ومن وجد امراة على فراشه فوطئها فعليه الحد
وهذا لفظ القدوري وقال الشافعي لا حد عليه للاشتباه وهو قول زفر ذكره في التحفة
ولنا ان المسقط للحد في وطئ الاجنبية هو الشبهة ولا شبهة ههنا بعد طول الصحبة
فيجب الحد الا ترى انه قد تبيت في دار انسان سائر المحارم كالاخت والبنت والعمة والخالة
فيتفق نوم بعضهن على فراش زوجته وكذلك في الظلام جانب زوجته على فراشها فلا يكون
وجود المراة على فراش الزوجة دليلا على زوجته والظن اذا لم يستند الى دليل لا يعتبر
فلا جرم يجب الحد بخلاف الاجنبية التي زفت وقالت النساء هي زوجتك حيث استند
الظن الى الدليل وهو اخبار النساء فاعتبر شبهته فبطل المطالبة قوله وهذا لانه لا اشتباه
قد ينام على فراشها غيرها من المحارم اشارة الى قوله لانه لا اشتباه يعني انما قلنا لا اشتباه
لانه قد تنام على فراش الزوجة غير الزوجة من المحارم فلا يكون مجرد النوم دليلا على النائمة
هي زوجته قوله وكذا اذا كان اعمى في بيته او فراش زوجته امرأة فوطئها على ظن انها
امرأته يجب عليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة لانه يمكن ان يميز امرأته با
لسؤال او غيره المعاملات عن غيرها الا اذا دعاها وقالت انا امرأتك فوطئها على
الظن لا يجب الحد لان الظن استند الى دليل وهو اخبارها بخلاف ما اذا دعاها فاجابته
اجنبية بالفعل فوطئها على ظن انها امرأته يجب الحد قال صاحب التحفة اذا دعا امرأته فلانة
فاجابته وقالت انا فلانة امرأتك فوطئها لا حد عليه فاما اذا اجابته ولم تقل انا فلانة
يجب الحد لانه في وسعه ان يتخلص اكثر من هذا فلا يصير شبهة فيجب الحد قوله ومن تزوج
امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد هذا لفظ القدوري وهذا قول ابي حنيفة
وزفر لكن يجب عليه المهر اي مهر المثل كذا في خلاصة الفتاوى وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي
ان علم الواطئ انها حرام فعليه الحد في كل وطئ حرام على التابيد وان كان لا يعلم فلا حد عليه
وفيما ليس بحرام على التابيد فلا حد عليه فالنكاح بغير ولي وبغير شهود وقال الحاكم الشهيد

في الكافي

في الكافي رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على
علم يعني ايضا ويوجع عقوبة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اذا علم بذلك
فعليه الحد في ذوات المحارم مشيرا الى هذا لفظه انه اراد بالنكاح من لا يحل له نكاحها
نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة و
اخت المراة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد على الحرة والامة بلا اذن
المولى والنكاح بلا شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند ابي حنيفة وان قال علمت انها علي
حرام وعندهما يجب الحد اذا علم بالتحريم والا فلا ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التابيد
لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود وجه قولهما ان هذا زنا محض لان اضافة العقد الى محل
يجمع على تحريمه فتلغوا الاضافة لعدم المحل كما اذا اضاف العقد الى المذكور فلا يكون شبهة
بخلاف ما اذا لم يعلم بالتحريم لان الشرعيات لا يثبت حكمها قبل السمع ولابي حنيفة ان
الوطئ اذا كان فيه شبهة الحل لا يجب به الحد وهذا وطئ فيه شبهة الحل فلا يجب به الحد
كما اذا وطئ امته وهي اخته من الرضاع وانما قلنا ان فيه شبهة الحل لان الوطئ حصل
عقيب النكاح المضاف الى محل قابل لمقاصد النكاح والنكاح صيغة زوجت وتزوجت
وما يجري ذلك المجرى من الالفاظ والمقاصد المطلوبة من النكاح قضاء الشهوة
والولد والسكن وهذه المقاصد تحصل بكون المحل انثى من بنات ادم ولا شك ان
المحل بهذه الصفة فكان ينبغي ان يثبت العقد حقيقة الحل لكن لم يثبت الا قتضاء
المنصوص بخلاف ذلك ولا مانع من ثبوت شبهة الحل فتثبت تلك بصورة العقد ولان العقد
والملك كل واحد منهما سبب لاباحة الوطئ اذا لم يكن ثمة مانع ثم الملك اذا وجد غير
مبيح للوطئ يكون شبهة كما في الجارية المشتركة والمجوسية والامة والرضاعية فكذلك
العقد يكون شبهة اذا وجد غير مبيح بل اولى لان العقد اخص بالاباحة من الملك
لانه لم يشرع في موضع لا يتصور فيه الحل وقد شرع الملك في موضع لا يتصور فيه الحل
كالنظاير فان قلت قد قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم الاية فاذا
ثبت الحرمة من كل وجه انتفى الحل من كل وجه فمن اين يثبت شبهة الحل قلت بصورة
العقد وهي حاصلة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا يرد السؤال فان قلت
لو كانت الشبهة ثابتة لوجب العدة وثبت النسب قلت منع بعض اصحابنا عدم

وجوب العدة وعدم ثبوت النسب وعلى تقدير التسليم نقول وجوب العدة وثبوت
النسب على وجود الحل من وجه اي من كل وجه وههنا لم يوجد الحل اصلا ونعني بالحل ان
يكون الفاعل على حالة لا يلام عليها وههنا يلام الواطي ويعزر عقوبة عليه والباقي يعرف
في كتب اصحابنا المتقدمين ان شاء الله تعالى وهذا القدر يكفي لمن ادب قوله يوجع عقوبة يعني
يضرب بطريق التعزير ضربا مولما عقوبة عليه لا بطريق الحد قوله لحكمه اي لحكم التصرف
قوله وهي من المحرمات اي المراة التي لا يحل له نكاحها قوله وهو المقصود اي التوالد هو المقصود
من عقد النكاح قوله الا انه ارتكب جريمة الاستثنا من قوله صورة الشبهة اي يورث العقد
الشبهة فلا يجب الحد الا انه ارتكب معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر والجريمة الذنب
قوله ومن وطي اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر اراد بالوطي فيما
دون الفرج التفخيذ ونحوه لا الاتيان في الدبر لان اتيانها يجي عقيب هذا قوله ومن اتى
امراة في موضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وهذا لفظ القدوري
وتمامه في مختصره وقال ابو يوسف هو كالزنا قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الذي يعمل عمل قوم لوط قال لا يبلغ به حد الزنا لكنه يحبس ويضرب وفي قول ابي حنيفة ومحمد
هو كالزنا يجب حد الزاني اعلم ان الرجل اذا اتى امراة في الموضع المكروه اي في الدبر او
عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة لكنه يعزر ويحبس الى ان يتوب او يموت كذا
ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وعند ابي يوسف ومحمد يجب عليه الحد الزنا ان كان محصنا
يرجم وان كان غير محصن يجلد لكن هذا الحكم عندهما في غير الزوجة وفي غير المملوكة فان من
اتى مملوكته او امراته في غير ما اتاها لا يحد عندهما ايضا وان كان محرما به وبه صرح في
الزيادات وذلك لان من الناس من يستحله بتاويل القران قال الله تعالى الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم ولم يفصل بين محل ومحل وقال مالك في الموطا يرجم الفاعل والمفعول به
احصنا او لم يحصنا اذا شهد عليهما اربعة عدول وقال الشافعي اللواطة يجب قتل
الفاعل والمفعول على قول والرجم بكل حال على قول يعني احصنا او لم يحصنا والتعزير على
قول وهو كالزنا على قول يعني يرجم في المحصن والجلد في غيره والغلام المملوك بغير المملوك
على الاصح وقال احمد بن حنبل ومن يلوط بغلام قتل بكرا كان او ثيبا في احدى الروايتين
عنه وفي الاخرى حكمه حكم الزنا لهم ما روي في السنن وغيره مسندا الى عمرو بن ابي عمرو

عن

عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم
لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به ولابي يوسف ومحمد قوله تعالى اينكم لتاتون الفاحشة
ما سبقكم بها من احد من العالمين بيانه ان الله تعالى سمى هذا العمل فاحشة وكان حكمه
حكم الزنا فيجب على الواطي ما يجب على الزاني ولان الغسل يجب على الفاعل والمفعول به
بمجرد الايلاج وان لم يوجد الانزال نص عليه في الزيادات وكان في معنى الجماع في حق الغسل
كان في معناه في وجوب الحد ايضا ولان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا في حده قال
بعضهم يحرقان وقال بعضهم ينكسان من اعلى الموضع وقال بعضهم يحبسان في
انتن المواضع حتى يموتان قال بعضهم يهدم عليهما الجدار فعلم ان في اللواطة حدا
ولابي حنيفة ان فعل اللواطة لا يساوي الزنا في كونه جناية وقبحا فلا يساويه
في الحد كوطي البهيمة بيانه ان في الزنا اضاعة الولد وافساد الفراش فلا يوجد ذلك
في اللواطة اما اضاعة الولد فلان الوطي في القبل سبب لحصول الولد ظاهرا و
غالبا اذا حصل الولد لا يقوم بحضانته وتربيته لا الزاني ولا المزوجة لعدم الوثوق
بكون الولد منه والام عاجزة عن الانفاق عليه فيضيع الولد واما فساد الفراش
فنعني به اشتباه النسب بناء على الدعوى لان كل زان يدعي الولد انه منه فتؤدي الى التقاتل
والتناصح بين القبايل ولم يوجد هذان المعنيان في اللواطة لانه لا ولد ثمة ولا نسب
فلما لم يكن في معنى الزنا لم يثبت الحكم في اللواطة بالدلالة لقصور معنى الدلالة ولان
اللواطة لو كانت زنا وحد الزنا مقدم في كتاب الله تعالى لما اختلف الصحابة فيما يجب على
اللوطي لانهم اهل اللسان ولا يخفى عليهم حكم الظاهر ولان الوطي في الفضلة يجب به
للحد مرة يجب به المهر واللواطة لا يجب المهر اصلا فينبغي ان لا يجب الحد ايضا و
لان فعل اللواطة لو كان زنا الحل بما يستحل به البضع فهو عقد النكاح او ملك اليمين
فحيث لم يستحل دل انه ليس بزنا ولا يقال نحن نثبت حكم الزنا في اللواطة قياسا
على الزنا لان الحد لا يجوز اثباته بالقياس لتشبهه في الزنا الجواب عما احتجوا فنقول كل
ما يروى في هذا الباب عن النبي صلى الله عليه وسلم او عن الصحابة من القتل او
الرجم او التنكيس وغير ذلك فذلك محمول على السياسة وعندنا يجوز مثل ذلك
بطريق التعزير والسياسة الا ترى الى ما قال في الزيادات يجب به التعزير و

الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد وان شاء ضربه وحبسه وقد قال يحيى بن معين في الجرح والتعديل وحدث بن عمرو بن عمرو عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اقتلوا الفاعل والمفعول به منكر والفاحشة المذكورة في الاية لا يدل على ان اللواطة زنا لان الفاحشة اسم عام يقع على الزنا وغيره الا ترى الى قوله تعالى واذا فعلوا فاحشة قالوا وجدنا عليها اباءنا والمراد بها تحريم ما احل الله لهم من البحيرة والسائبة ونحو ذلك ووجوب الغسل احتياطا والحد لا يحتاط في وجوبه بل يحتال في درءه لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤوا الحدود بالشبهات عن المسلمين وكما يعرف في كتب اصحابنا المتقدمين **قوله** اتى في الموضع المكروه اي في الدبر او عمل عمل قوم لوط اي اتى دبر الذكر **قوله** ولا انه في معنى الزنا الضمير يعود الى فعل اللواطة وفي بعض النسخ وهما انهما اي ان الاتيان في المواضع المكروهة من المراة وعمل قوم لوط في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما وقيد بالكمال احترازا عن البهيمة لان فرجها ينفر عنها الطباع السليمة فلم يكن مشتهى على سبيل الكمال **قوله** ولانه ليس بزنا لاختلاف الصحابة اي لا ثبات في الدبر ليس بزنا لاختلافهم فلو كان زنا ما اختلفوا لان حكم الزنا معلوم بالكتاب **قوله** ولا هو في معنى الزنا عطف على قوله ليس بزنا **قوله** وكذا هو انه دون قوعها لا تقدم الذكر في احد اليد نبين اي فعل اللواطة انه دون قوعا من فعل الزنا لان الزنا الى الاناث منهما جميعا والذي الى اللواطة لم يوجد من جانب المفعول به فلم يكن في معنى الزنا فلا يثبت حكمه فيها قياسا **قوله** وان الشافعي وهو قوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول به **قوله** الا ان يعزر اي يعزر اللوطي عند ابي حنيفة وان كان لا يحد وهو استثناء من قوله ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه منكر ليس فيه شيء مقدر **قوله** ومن وطي بهيمة فلا حد عليه هذا لفظ القدوري وعن الشافعي في وطي البهيمة قولان احدهما التعزير وفي القول الاخر يقتل الفاعل ويقتل البهيمة ايضا والاصل هنا ما روي في السنن مسندا الى عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس قال ليس على الذي ياتي البهيمة حد ولان هذا الفعل ناقص فلا لاحق بالزنا في ايجاب الحد بيانه انه ليس فيه اضاعة الولد وافساد الفراش والذي

يأتيه

يأتيه فيه سفيه تناهى سفهه الا ترى ان الطباع السليمة تنفر عنه ولهذا لا يجب ستر فرج البهيمة لكنه يستحق الادب لاتيانه القبيح فيعزر **فان قلت** فقد روى صاحب السنن باسناده الى عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه **قلت** والا محمول على السياسة بدليل ما روينا عن ابن عباس انفا لانه لا يجوز له ان يروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا ثم يخالفه فيه قال الطحاوي وان اتى بهيمة يجب التعزير ولا يجب الحد فان كانت البهيمة لا تذبحت ولا تؤكل قال الامام الاسبيجابي ثم في شرح الطحاوي وليس هذا عند اصحابنا في كتبهم وانما هو روي عن عمر انه لم يحد واطي البهيمة وامر بالبهيمة حتى احرقت بالنار وقال شمس الائمة السرخسي الاحراق جائز وليس بواجب فان كانت الدابة مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل ولا تحرق بالنار على قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف تحرق بالنار ويضمن الفاعل القيمة ان كانت لغيره لانه قتلت لاجله كيلا يعير **قوله** لانه ليس في معنى الزنا اي لان وطي البهيمة ليس في معنى الزنا في كونه جناية لا ناقص ولا في وجود الداعي لنفرة الطبع السليم عنه اي عن وطي البهيمة **قوله** او فرجها التبق وهو شدة الغلمة **قوله** ولهذا لا يجب ستره ايضاح قوله لان الطبع السليم ينفر عنه اراد به ستر فرج البهيمة **قوله** لما بيناه اشارة الى قوله ارتكب جريمة وليس فيها الحد **قوله** والذي يروى انه يذبح البهيمة ويحرق فذلك لقطع التحدث وليس بواجب يعني انه روي عن عمر احراق البهيمة فانما كان ذلك لقطع التحدث لا لانه واجب بطريق الحد لما روينا عن ابن عباس بيانه ان الناس اذا راوا البهيمة يقولون هذه هي البهيمة التي فعل بها فلان فيعير به فلان ويتضرر ويقولون ايضا في الفتنة فلاجل ذلك احرقت قطعا لتحدث الناس **قوله** ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي يجب عليه الحد اعلم ان المسلم اذا دخل دار الحرب بامان فزنى هناك بمسلمة او ذمية ثم خرج الى دار الاسلام فاقر به لم يحد وكذلك سرية من المسلمين دخلت دار الحرب فزنى رجل منهم هناك لم يحد وكذلك العسكر ولا يقيم الحد ودون القصاص الا امير مصر يقيم الحد وعلى اهله فيغزونهم فانه يقيم الحد ودون القصاص في دار الحرب اذا غزا بهم هكذا نص الحاكم الشهيد في الكافي وجه قول الشافعي ان المسلم ملتزم

حكم الاسلام فيلزمه ايضا كان ولنا ان الحد لو وجب لا يخلو اما ان يجب للاستيفا
او للاستيفا فلا يجوز الثاني لعدم الفائدة لان الحد انما يجب لزجر الناس عن الفساد
ولا يحصل الزجر بدون الاستيفا ولا يجوز الاول ايضا لعدم قدرة الامام على
الاستيفا في دار الحرب او اهل البغي فيسقط الحد اصلا لان المقصود من الوجوب الحاكم
وهو الاستيفا وقد سقط الحكم فيسقط الوجوب ولا يقام بعد ما خرج الينا لانه وقت
وجوب اسباب الحد للامام لم يكن فيه يد فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد وهذا معنى قوله
لا ان الامام تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة بخلاف ما اذا كان امير المصر بين العسكر
اذ ولاية الحد له قائم فيقيمه وليس كامير العسكر او السرية الذي هو مقدمهم لانه
ليس له اقامة الحد حيث لم يعرض اليه **فان قلت** قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
كل واحد منهما مائة جلدة عام فينبغي ان يجب الحد على من زنى في دار الحرب او دار اهل
البغي **قلت** النص خص منه الصبيان والمجانين ومواضع الشبهة فيخص التنازع ايضا
بخبر الواحد والقياس لانه لا يجد لحاق الخصوص لم يبق حجة قطعا او بعيا وقد روى
اصحابنا في كتبهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقام الحدود في دار الحرب
والمرسل عندنا حجة كالمسند **قوله** احكامه اي احكام الاسلام **قوله** ايضا كان مقامه
بضم الميم اي ثبت اقامته والضمير راجع الى من في ومن زنى **قوله** فيهما اي في دار الحرب
ودار البغي واهل البغي طائفة من المسلمين يخرجون على الامام ولهم قوة وشوكة ومنعة
ويجاولون بعض احكام المسلمين بالتاويل ويظهرون على بلدة من البلاد **قوله** لانها
لم تنعقد موجبة اي لان هذه الفعلة او الزنية **قوله** لانه يجب امره اي لان من
زنا من عسكر من له الولاية كالخليفة يجب امره **قوله** والسرية وهم الذين يسيرون بالليل
ويختبون بالنهار ومنتهى خبر السرايا اربعمائة **قوله** اليهما اي الى امير العسكر او امير
السرية **قوله** واذا دخل حربي دارنا بامان فزنا بذمية او زنا ذمي بحربية يحد الزاني و
الذمية عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في حربي دخل دارنا بامان فزنى
بذمية قال لا يحد الحربي ويحد الذمية وقال ابو يوسف يحدان جميعا وقال محمد
لا يحد ان واحد منهما فان دخلت حربية بامان فزنا بها ذمي حد الذمي ولم يحد الحربية

عند ابي حنيفة وعند ابي حنيفة يحدان جميعا قال فخر الاسلام البزدوي ويجب
ان يكون قول محمد في هذا مثل قول ابي حنيفة قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا زنا الحربي
المستامن بالمسلمة او الذمية فعليها الحد دون الحربي في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف اولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا فقال محمد
بقوله الاول وان زنا المسلم او الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يحدان جميعا الى هنا لفظه ولو زنى حربي مستامن بحربية مستامنة
يحدان عند ابي حنيفة وعندهما لا يحدان كذا في المختلف والاصل هنا ان الحربي لا
يجب عليه شيء من الحدود كحد الزنا والسرقة والشرب الا حد القذف فانه يجب عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجب عليه جميع الحدود الا حد الشرب والحاصل ان الخمر
لا يجب عليه بالاتفاق لانه يراه حلالا وحد القذف بالاتفاق لان فيه حق العبد
وحد الزنا والسرقة عنده يجب وعندهما لا وجه قول ابي يوسف ان الحربي كا
لذمي في المعاملات لانه التزم احكامنا ما دام في دارنا ولهذا يواخذ بالقصاص
وحد القذف فلما كان كالذمي وجب الحد مثله ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الحربي
كالذمي لانه ما دخل دارنا للقرار واللبث بل لقضاء الحاجة ولهذا يخلى سبيله
اذا عزم على الرجوع الى دار الحرب بخلاف الذمي حيث لا يمكن من الرجوع فلو ان الحربي
قتله مسلم او ذمي لا يقتص به والذمي اذا قتله مسلم يقتص به عندنا فعلم ان
الحربي لم يكن كالذمي وانما يلزمه ما التزم من الحقوق لا ما لم يلتزم وقد التزم حقوق
العباد لانه لما دخل بالامان التزم ان لا يوذي كما طمع ان لا يوذى فلما التزام الاذى
يواخذ به كالقصاص وحد القذف لانه التزم حق العبد فاما حد الزنا فانه حق الله
تعالى لم يلتزمه فلا يلزمه ثم ان محمدا فرق بين المسلم والذمي اذا زنت بحربي حيث
لا يجب الحد عنده عليهما جميعا لان الاصل في باب الزنا فعل الذكر والمراة تابعة لكونها
محلا فوجب من امتناع الحد على الاصل امتناعه على التبع ولم يلزم من امتناع الحد
امتناعه على الاصل وهذا اذا زنا بالغ بصبية او مجنونة يحد البالغ دونهما ولو
زنت البالغة بالصبي او المجنون لا حد على احد عندنا ولابي حنيفة ان تمكين المراة
من فعل الزنا قد وجد لان فعل المستامن زنا لكونه مخاطبا بالحرمات دون العبادات

على ما عليه اهل التحقيق من اصحابنا الا انه لم يواخذ بحكم الفعل لمانع لانه لم يلتزم
حق الله تعالى والمرأة تابعة الى نفس الفعل لا في حكم الفعل وهذا اذا زنى بغير محصن تمكن
بمحصنة يجلد الرجل وترجم المرأة ولا يكون عدم احصانه شبهة في حقها فلما لم
المرأة تابعة وجب الحد على المرأة وان لم يجب على الرجل بخلاف الصبي والمجنون حيث
لا يوصف فعلهما زنا لعدم الخطاب فلا يجب الحد على المرأة ايضا قوله يعني اذا زنى حربي
بحربية اي زنا الذي قوله لابي يوسف هذا دليل قوله الآخر قوله وهذا يمكن من الزنا
اي لا يمكن الحربي المستامن قوله ولا نقتل المسلم ولا الذمي ثمة اي بالحربي المستامن
قوله لما طمع في الانصاف يلزم الانتصاف اي لما طمع الحربي في انصاف المسلمين
اي طمع في العدل لاجله على غيره التزم الانصاف ايضا اي قتل العدل لغيره
عليهم يقال انتصف الرجل ايضا اذا اعطيته الحق وتناصف القوم اذا تعاطوا الحق
بينهم كذا في الجمهرة قوله ونظير هذا في الاختلاف اذا زنا المكره بالمطاوعة اي نظير
الاختلاف الواقع بين ابي حنيفة ومحمد اذا زنا المكره بالمطاوعة تحد المرأة عند
ابي حنيفة ولا تحد عند محمد لانه تبع للرجل ولابي حنيفة انها تبع في نفس الفعل لا في
حكمه وقد مر ذلك قوله واذا زنا الصبي والمجنون بامرأة طاوعتهما فلا حد عليه ولا
عليها وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وهي من مسايل طريقة الخلاف
وعند الشافعي يجب الحد على المطاوعة وهو قول زفر قال صاحب الهداية وهي
رواية عن ابي يوسف وقال في الجامع الصغير ولو زنى صحيح بصبية يجامع مثلها او
بمجنونة فعليه الحد وهذا بالاجماع لزفر والشافعي ان الله تعالى سماها زانية واوجب
على الزانية الحد والمطاوعة وجد منها الزنا فيجب عليها الحد وان لم يجب على
الذكر لجنونه او صغره وهذا لان الزنا قضاء شهوة الفرج بمماسة ظاهر فرج
الذكر باطن فرج الانثى على وجه حرام خال عن الشبهة وقد وجد هذا المعنى وهذا
لا يوجب العذر من جانبها بان كانت مجنونة او مكرهة او صبية او نائمة سقوط الحد
عن جانب الرجل بالاتفاق فينبغي ان لا يوجب العذر من جانبه فان كان صبيا
او مجنونا سقط الحد عنها ايضا والجامع كون كل واحد منهما مواخذا بفعله ولنا
ان الحد للزنا يجب على الرجل بوجود الزنا منه حقيقة ويجب على المرأة باعتبار التمكين

من الزنا

من الزنا ولم يوجد لها التمكين من الزنا في هذه الصورة لان فعل الصبي والمجنون لا
يوصف بالزنا فلم يجب على المطاوعة وهي تبع في فعل الزنا اذ لم يوجد على الاصل
وهو الذكر وقولهما بان الزنا وجد منها اسند لا بان الله تعالى سماها زانية قلنا
لا نسلم ان الزنا وجد منها حقيقة لانها موطوءة وتسميته الله تعالى زانية مجازا باعتبار
التمكين من الزنا ولم يوجد والتمكين من الزنا هنا او باعتبار اسم المفعول على الفاعل كقوله
تعالى عيشة راضية اي مرضية على احد التاويلين فان قلت يرد عليكم مسايل
وهي ان المكره اذا زنا بمطاوعة يجب الحد عليها لا عليه وكذا المستامن اذا زنا
بمسلمة يجب الحد عليها لا عليه وكذا المرأة اذا مكنت نفسها من النايم يجب الحد
عليها لا عليه فعلم بذلك ان امتناع الحد على الذكر لا يوجب سقوطه عن الانثى
قلت المسايل ممنوعة لان الحاكم الشهيد نص على ان الرجل اذا اكرهه السلطان
على الزنا بامرأة مطاوعة فلا حد على واحد منهما وقول ابي حنيفة المرجوع اليه كذا
قال الحاكم اما في المسئلة الثانية فقد وجد تمكين المرأة من الزنا لان الكافر مخاطب
بالحرمات بخلاف ما اذا كان الفاعل صبيا او مجنونا حيث لم يوجد التمكين من
الزنا اصلا لان فعلهما لا يوصف بالزنا لارتفاع الحل لكن الحد لم يلزم الكافر لانه
لم يلتزم حقوق الشرع فاما تمكينها نفسها من النايم ممنوع اذ لا يجب الحد عليهما جميعا
بهذا اجاب الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والى هذا اشار في شرح
الطحاوي ايضا لانه قال الاصل ان الحد متى سقط عن احد الزانيين بشبهة
سقط عن الآخر للشركة كما اذا ادعى احدهما النكاح والآخر ينكره ومتى سقط
عن احد الزانيين لقصور الفعل ان كان القصور من جهتها سقط عنها ولا
يسقط عن الرجل كما اذا كانت صبية يجامع مثلها او مكرهة او مجنونة او نائمة
لم يجب الحد عليها ويجب على الرجل وان كان القصور من جهته سقط الحد
عنهما جميعا كما لو كان مجنونا او مكرها او صبيا الى هنا لفظه فعلم ان الممكنة
من النايم لا يجب عليها الحد لان القصور من جهة الرجل فظهر بهذا ان ما قاله
بعضهم في شرحه من وجوب الحد عليها لانها وجد منها فعل خلاف الرواية قوله
واذا زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة والعاقلين

بقوله يجامع مثلها لانها اذا لم تكن يجامع مثلها فوطيها لا يجب عليه الحد لانه كاتيان
البهيمة لان الطباع السليمة لا يرغب في مثلها الا ترى الى ما قال صاحب الاجناس
في كتاب الصوم ولو وطي الرجل جارية لها خمس سنين وافضاها ولا يحتمل الوطي
لصغرها لا كفارة عليه ولا يفطره اذا لم ينزل وهو كالايلاج في البهيمة ونقل
ايضا صاحب الاجناس عن نوادر ابن رستم قال ابو حنيفة اذا جامع ابنة امرأته
وهي صغيرة لا يجامع مثلها فافضاها او افسدها لا تحرم عليه امها لان هذه مما لا
يجامع وقال ابو يوسف اكره له الام والابنة وقال محمد الستره احبه لكن لا افرق بينه
وبين امها قوله وهذا بالاجماع اشارة الى حد الرجل خاصة قوله لها اي لزفر والشافعي قوله
منها اي من الرجل والمرأة او من الذكر والانثى قوله او لكونها مسببة اي صاحبة سبب عطف
على قوله تسمية للمفعول باسم الفاعل وكلاهما تعليل لتسميتها زانية مجازا يعني اذا جامع
المرأة زانية مجازا لا حد هذين المعنيين قوله وهو فعل من هو مخاطب هو الاول اشار
الى الزنا والثاني الى من قوله وفعل الصبي ليس بهذه الصفة لان الصبي ليس بمخاطب بالكف عن
الزنا وليس يؤثم ايضا اذا باشر شروط الاجنبية لان القلم مرفوع عنه بالحديث وكذا فعل
المجنون فلما كان فعلهما بهذه المثابة لم يتعلق به الحد قوله ومن اكرهه السلطان حتى زنا
فلا حد عليه وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه قال عن ابي حنيفة في
رجل اكرهه السلطان حتى زنا لا حد عليه وان اكرهه غير السلطان ضرب الحد وعندهما
غير السلطان مثل السلطان يعني لا حد عندهما سواء اكرهه السلطان او غيره وهذه
الذي ذكره عن ابي حنيفة من عدم وجوب الحد على المكره قوله المرجوع اليه وكان يقول اولا
عليه الحد وهو قول زفر كذا في شرح الطحاوي ثم رجع وقال لا حد عليه ولكن يعزر وهو
قولهما كذا في شرح الطحاوي ايضا وجه قوله الاول ان الزنا لا يتحقق الا بعد الانتشار الا له
والانتشار دليل الرضا فاذا جاء الرضا زال الاكراه فيجب الحد ووجه قوله الاخر ان
الانتشار من طبع الذكر والانسان الذكر قد يجب الشيء طبعا ولا يجب ديانة فلم يكن
يرد الانتشار دليل الرضا كما يقوم ذلك في النوم فان لم يوجد ما يزيل الاكراه عند ابي حنيفة
الا من السلطان حتى قال اذا اكرهه غير السلطان فهو اكراه حتى لا تحد اذا اكرهه غير السلطان
كما اذا اكرهه السلطان ولابي حنيفة ان الاكراه الواقع من غير السلطان لا يدوم بل يقع نادرا

والنادر لا يعتد به في الشرع وانما قلنا لا يدوم بل يقع نادرا لان المكره يتمكن من دفع
الاكراه اذا وقع من غير السلطان او بجماعة المسلمين او بنفسه او باستعمال السلاح
وليس كذلك اذا وقع من السلطان لانه لا يتمكن من دفعه لا بنفسه ولا بجماعة المسلمين فيتحقق
الاكراه فلا يجب الحد فاحسن بقوله ويستعدى الامير اذا ظلمنا فمن نعدى اذا ظلم الامير وقوله
الى ما يسعى من بعض بالكلية الى ابن يسعى من بعض بتمامه وفي ظاهر الرواية قول ابي يوسف مع
محمد في هذا الفصل ولكن ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة قال الصدر الشهيد في
شرح الجامع الصغير قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لانه لم يكن
في زمن ابي حنيفة لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعها الا بالسلطان وفي زمانهما ظهرت
القوة لكل متغلب وزماننا كذلك فتفتى بقولهما قوله انه الطاوعية يقال طاع له يطوع طوعا
وطواعية مثل اطاع يطيع اطاعة الا انهم يقولون طاع له ولا يقولون طاعة كما يقولون
اطاعة وفلان طوع يدك اي منقاد لك قوله فاورث شبهة اي اورث الاكراه شبهة
فلم يحد قوله ويتحقق اي يتحقق خوف الهلاك من غير السلطان قوله لتمكنه من الاستغاثة
في بالغير المنجية قوله ويمكنه بالجر عطف على قوله ليمكنه دفعه اي دفع غير السلطان قوله
والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد والضمير في له وفي به راجع الى النادر قوله ومن اقر اربع
مرات في مجالس مختلفة انه زنا بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها
فلا حد عليهما وعليه المهر في ذلك اي فيما اقر الرجل او ادعت المرأة النكاح وفيما اقرت المرأة و
ادعى الرجل النكاح وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وانما قيد بقوله الاقرار اربع مرات
في مجالس مختلفة لانه اذا اقر في مجلس واحد اربع مرات يعتبر ذلك مرة واحدة وانما الاقرار
الموجب للحد هو الذي يتكرر في مجالس مختلفة من مجالس المقر كلما اقر يرده القاضي الى ان
يعود اربع مرات ثم اذا اقر اربع مرات هكذا وسال القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى هو
واين هو فادعى الاخر النكاح سقط الحد عنهما ويجب على الرجل العقر وذلك لان دعوى النكاح
يحتمل الصدق وصار احتمال الصدق شبهة في سقوط الحد عن المدعي فاذا سقط عنه الحد
سقط عن الاخر ايضا لان النكاح اذا وجد قام بالطرفين فتتعدى الشبهة الى جانب الاخر
ثم لما سقط وجب العقر ابانة لخطر المحل لكن هذا فيما اذا كان دعوى النكاح قبل ان يحد المقر
فاذا كانت دعوى النكاح قبل ان يحد المقر فاذا كانت دعوى النكاح بعد الحد فلا مهر لها

لان الحد لا ينقض بعد الاقامة قال في شرح الطحاوي وان لم تدع المراة النكاح وانكرت
وادعت على الرجل حد القذف لا يحد حد الزنا ... ان سقوط الحد لا وجوب المهر فيما
اذا ادعى شبهة النكاح لم يذكر فيه خلاف اما اذا اقر احدهما وينفي الاخر الزنا ولم يدع النكاح
ففيه خلاف قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اقر الرجل باربع مرات بانه زنا بفلانة و
قالت كذب ما زنا بي ولا اعرفه لم يحد الرجل في قول ابي يوسف وقال ابو يوسف ومحمد
يحد وان قالت زنا بي مستكرهة حد الرجل دونها قال وان اقرت المراة اربع مرات
ان هذا زنا بها وكذبها الرجل لم يحد الرجل في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحد
وان قال الرجل صدقت حدت المراة ولم يحد الرجل لانه لم يقر الا مرة واحدة الى
هنا لفظه لهما ان اقرار المقر حجة على نفسه فيواخذ بها ولابي حنيفة ان الزنا لا يتصور
الا بالطرفين فاذا سقط الحد عن احدهما بالتكذيب صار ذلك شبهة في الطرف
الاخر فيسقط عنه ايضا **قوله** وعليه المهر في ذلك كله **قلت** كيف يجب لها المهر اذا اقرت بالزنا و
ادعى الرجل النكاح وهي باقرار الزنا طالبة للحد نافية للمهر **قلت** نعم ان الامر كذلك لكن الحد
سقط عنها بالشبهة الناشئة من دعوى النكاح فبعد سقوط الحد لم يلتفت الى اقرارها بالزنا
فاوجب العقر وهو مهر المثل ابانة لخطر المحل **قوله** فاورث شبهة اي قولها تزوجني او قوله
تزوجتها **قوله** ومن زنا بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة قال صاحب الهداية معناه
قتلها بفعل الزنا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولم يذكر فيه الخلاف وكذا لم يذكر
الحاكم الشهيد الخلاف ايضا لكن الفقيه ابو الليث قال في شرحه للجامع الصغير ذكر ابو يوسف
في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه ولو كانت حرة فعليه
الحد بالاتفاق فكذلك ذكر المسئلة مختلف فيها في المختلف والمنظومة في باب خالفه
فيه ابو يوسف اباحنيفة ولا قول فيه لمحمد **قلت** انما ذكر المسئلة في المختلف والمنظومة
كذلك بناء على ما ذكر في الامالي ولا يشبه ان يكون قول محمد مثل قول ابي حنيفة لان مسائل
الجامع الصغير كلها منصوصة عن ابي حنيفة ولو كان فيها لمحمد قول اخر على خلاف ابي حنيفة
لكان توقف فيها ليبين ذلك لكن ابا يوسف انما ذكر في الامالي هذا قول ابي حنيفة خاصة
لان محمدا كان تلميذ ابي يوسف فلم يلتفت الى قوله ولم يعتد بخلافه وجه قول ابي يوسف ان
الجارية ملكها الزاني قبل اقامة الحد عليه لضمان القيمة لان ضمان القيمة سبب للتملك

فلما

فلما ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما اذا ملك السارق المسروق قبل القطع
حيث يسقط القطع وهذا لان الشبهة الموجودة في المستانف كالشبهة الموجودة
في الابتداء وليست كالحرة لانها لا تملك بالضمان فلا يسقط الحد والامة تملك بالضمان
فافترقا ولابي حنيفة انه زنى وجنى فيواخذ بموجب كل واحد منهما فيحد بالزنا ويضمن القيمة
بالجناية على النفس ولا منافاة بينهما فيجتمعان فلا يكون ضمان القيمة مانعا عن وجوب
الحد لانه ضمان الدم فلا يوجب الملك فلما لم يملكها لم يسقط الحد لان ضمان الدم لم يورث
الشبهة فلو كان هذا الضمان لم يوجب الملك للوجوب في العين التي هي موجودة لا منافع
البضع التي هي اعراض استوفيت فانعدمت وهذا لان الملك الثابت في باب الضمان
ثبت بطريق الاستناد والاستناد يظهر في القيام لا في الفايت فاذن ثبتت شبهة
الملك في منافع البضع المستوفاة فلم يسقط الحد بخلاف ما اذا وهب المسروق منه
للسارق قبل القطع فانه ملكه بلا ... وفيما نحن فيه لم يملك الزاني الجارية لانه ضمان دم
وايضا الخصومة شرط اقامة الحد في باب السرقة والهبة والقطعة الخصومة وفي باب
الزنا لا يشترط الخصومة ففسد القياس **قوله** جنى جنايتين وهما الزنا والقتل **قوله** وهو
على هذا الخلاف اي شرى الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الخلاف فعند
ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف **قوله** فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة والضمير راجع
الى المستوفى على تاويل منفعة البضع اي لا يظهر الملك في المنافع المستوفاة لانها انعدمت
وبيانه مر انفا **قوله** وهذا بخلاف ما اذا زنا بها فاذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد
اي هذا الذي قلنا اذا زنا بجارية فقتلها من وجوب الحد مع ضمان القيمة بخلاف اذهاب
العين بالزنا حيث يسقط الحد بضمان القيمة العين وهو نصف قيمة الجارية لانه لما
ضمنها ثبت له ملك في الجثة العمياء والجثة العمياء عين لا عرض فجاز ان يثبت الملك فيها
بطريق الاستناد فاورث ذلك شبهة في سقوط الحد وفي صورة المتنازع فيه لم يثبت
الملك في الجارية اصلا لان ذلك الضمان ضمان دم ولم يثبت في المنافع ايضا لانها معدومة
فلم يسقط الحد لفقدان الشبهة فافهم **قوله** وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد
عليه الا القصاص فانه يوخذ به وبالاموال وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الامام الذي ليس فوقه امام اذا صنع شيئا يجب فيه

الحد فلا حد عليه واما القصاص والمال فيؤخذ به وفي الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير
الامام الذي ليس فوقه امام الخليفة اعلم انه اذا قذف انسانا او شرب خمرا فلا حد عليه في
الدنيا لان هذه الحدود مفوض اقامتها واستيفاؤها الى الامام لكونها حق الله تعالى وحد
القذف المغلب فيه حق الله تعالى عندنا على ما يجي في بابه ان شاء الله تعالى ولا يمكن ان يكلف الخليفة
الامام باقامة الحد على نفسه ولا يقدر القاضي ان يقضي عليه لانه هو الذي ولاه القضاء
فسقط في الدنيا بخلاف القصاص والمال فانه يؤخذ بهما فانهما لا يحتاج فيهما الى
القاضي القضاة لانهما من حقوق العباد فصار الخليفة وغيره فيه سواء وذلك لان
صاحب الحق يقدر على ان يستوفي حقه اما بتمكين الامام او بمنعة المسلمين ولكل واحد
من المسلمين منفعة منهم فامكن استيفاء القصاص والمال لهم فصح القول بوجوبهما وليس
كذلك الحدود المذكورة لان استيفاءها ليس الى المسلمين بل الى الامام فلا يفيد الوجوب
فايدة فعرفت من هذا ان اشتراط قضاء القاضي في القصاص ليتمكن الولي من استيفايه
الا انه لا يجوز بدون قضايه قوله لان الحدود حق الله تعالى دليل قوله فلا حد عليه قوله
واقامتها اليه اي اقامة الحدود الى الامام لا الى غيره اي غير الامام قوله والقصاص
والاموال منها اي من حقوق العباد قوله فحكمه حكم ساير الحدود التي هي حق الله تعالى اي
حكم القذف يعني لا يؤاخذ به الامام وختم الباب بمسألة ذكرها في خلاصة الفتاوى
وهي ان رجلا مر على امرأة يقال لها ام عمران وهي مجنونة فقالت له يا ابن الزانيين
فدعاها ابن ابي ليلى فضربها حدين في مسجد الجامع فسمع ابو حنيفة فقال اخطأ ابن ابي ليلى
في ستة مواضع ضرب المجنونة والمجنونة لا تحد واقام الحد في المسجد والحد لا يقام في
المسجد وجمع بين الحدين وقذف الجماعة لا يجب الا حد واحد ووالى بين الحدين
ولا ينبغي ان يقام الحد ما لم يجف الاول وضربها بغير خصم وضربها وهي قايمة والمرأة
يقام الحد عليها وهي قاعدة **باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها** قد ذكر في كتاب
الحدود ان ثبوت الزنا بالبينة والاقرار وبينها جميعا ثم احتاج ههنا ان يذكر في
الباب ما كان سببا لرد الشهادة مثل التقادم والرجوع وكون الشهود عميانا او محدودين
في القذف ونحو ذلك ومثل ظهور المشهود عليها بالزنا بكرا او مثل عدد الشهود اقل
من الاربعة ونحو ذلك مما يذكر في الباب فاخر الباب لان هذه الاشياء عوارض والاصل

حدم

59

عدم العارض قوله واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم من
الامام لم يقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة هذا لفظ القدوري في مختصره
قال الشافعي يقبل شهادتهم وصورة المسألة في الجامع الكبير محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في رجل شهدت عليه الشهود بعد حين بسرقة او زنا او شرب خمر قال
لا حد في شيء من ذلك الا انه يضمن السرقة فان اقر هو بعد حين بذلك اخذ به الا في
الشرب فانه لا يؤخذ بذلك وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما لو
بالسرقة والزنا والاصل هنا ان الشهادة في الحدود التي هي حقوق الله تعالى خالصة
كحد السرقة وحد الزنا وحد شرب الخمر تبطل بالتقادم والاقرار بذلك وبشرب الخمر
فانه يبطل بعدم التقادم ايضا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال ابن ابي ليلى الشهادة
والاقرار لا يقبلان بعد التقادم كذا ذكر الفقيه ابو الليث قوله في شرح الجامع
الصغير وقال الشافعي لا تبطل الشهادة والاقرار بالتقادم اعتبارا بحقوق
العباد ولنا ان الشهادة بعد التقادم تورث الشبهة في الشهود وشهادة
المتهم مردودة فلا تقبل بعد التقادم لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل
شهادة خصم ولا ظنين وهو المتهم وروي عن عمر قال ايما شهود شهدوا على
حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم ذكره
محمد في الاصل وانما قلنا انها بعد التقادم تورث الشبهة لان الشاهد اذا عاين
اسباب الحد يخير الزنا وشرب الخمر فله الخيار بين الستر لقوله عليه الصلاة و
السلام من ستر ستره الله في الدنيا والاخرة رواه ابو هريرة وبين الشهادة لقوله
تعالى واقيموا الشهادة لله ثم انه اذا شهد في اول الامر يحمل امره على الصلاح
بان يقول انه اختار الستر المندوب لا بالحدود فانه لو اختار الحد ربح ذلك
امر الشهادة فيلزم تفسيقه لان تاخير الحد حرام ثم انه اختار الستر اذا شهد
بعد التقادم علم انه هيجته الضغينة او حركته العداوة فانهم في الشهادة
فلم يقبل بخلاف حد القذف فان التقادم لا يبطله لان فيه حق العبد ودعوى المقذوف
شرط للشهادة فتكون تاخير الشهادة بناء على انعدام الدعوى فلا يفسق الشاهد
بالتاخير ولا يلزم على هذا حد السرقة فان الشهادة فيه تبطل بالتقادم مع ان الدعوى

فيه شرط ايضا لان قبول الدعوى شرط في حق المال لا في حق الله لان حد السرقة حق
الله تعالى لا يشترط فيه الدعوى فاذا لم يشترط فيه الدعوى لم تشترط الدعوى ومع
هذا لم يشهدوا حال حدوث السرقة فشهدوا بعد التقادم تثبت التهمة المانعة من قبول
الشهادة فلا يقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل
بالتقادم لانه من حقوق العباد ولا يلزم على هذا اذا كان تاخير الشهادة لعذر كالمرض
او بعد المسافة لا يبطلها التقادم لان الشهادة لم يقدر على اداء الشهادة فلم
تثبت التهمة هذا كله في الشهادة اما الاقرار بالزنا او السرقة فالتقادم لا يبطله
لانه لا يتهم اقراره لانه اقر على نفسه الا الاقرار بالشرب فانه يبطل بالتقادم عندهما
خلافا لمحمد وحده انقطاع الرائحة عندهما وقدره محمد بشهر كما قدره في ساير
الحدود لانه ادنى الاجال وجه قولهما ان حد الشرب ما ثبت باجماع الصحابة ولا
راى ابن مسعود وعلم اقامة الشرب منه بعد انقطاع الرائحة ولو جاؤوا به
من بعيد فذهبت الرائحة قبل ذلك تقبل الشهادة بالانقطاع كذا في شرح الطحاوي
ثم التقادم في الزنا والسرقة وشرب الخمر على ما يرى القاضي في قول ابي حنيفة ولم يقدر
في ذلك شيئا وذكر في الجامع الصغير التقادم الحين وذلك ستة اشهر قال فخر
الاسلام لم يرد به الامر اللازم ونقل الناطفي في الاجناس من نوادر المعلى قال ابو يوسف
جهدنا على ابي حنيفة ان يوقت في ذلك شيئا فابى وقد ذكر في المجرد قال ابو حنيفة لو سال
القاضي الشهود متى زنا فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر
درئ عنه الحد قال ابو العباس الناطفي فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول
ابي يوسف ومحمد بمعنى التقادم اى بعيد قديم سببه الحديث والقديم يكون بمعنى الذي
لم يزل وليس هو المراد قوله من حسبتين قال في المجمل الحسبة احتسابك الاجر على الله
تعالى قوله او الشهادة والستر كلاهما بالجر على انهما بدل من حسبتين قوله لضغينة
هيجته الضغن هو الحقد وهيجته اى بعثته يقال هيجت الناقة فانبعثت قوله
متهم فيها اى متهم الشاهد في الشهادة قوله بالمانع اى قبول الشهادة قوله خلاف
الاقرار اى لا يبطل بالتقادم ولكن هذا في حالة الزنا والسرقة لا في حد الشرب لانه
يبطل الاقرار فيه ايضا بالتقادم عند ابي حنيفة وابي يوسف كما بينا ويجي ذلك في

باب

باب حد الشرب قوله واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غايبة فانه
يحد وهذه من خواص الجامع الصغير وذلك لانها اذا حضرت ربما جاءت بشبهة
دارئة للحد والحدود تندرئ بالشبهات وعلى قوله الاخير وهو قول ابي يوسف
رحمه يحد الرجل لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يعتبر غيبة المراة شبهة الا ترى
ان ماعزا اقر بالزنا بامراة غايبة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمه لان
غيبتها توهم دعوى النكاح وما اشبه ذلك اذا حضرت وسقوط الحد بشبهة قايمة
باحتمال شبهة ستوجد فلو اعتبر مثل ذلك لا انسد باب الحد اصلا لانه يتوهم ان
يرجع الشهود ايضا عن شهادته او المقر عن اقراره ومع هذا لا يعتبر ذلك والمراة
اذا حضرت تتوهم الشبهة وتوهم الشبهة ليس بشبهة قال عليه الصلاة والسلام
ادرؤوا الحدود بالشبهات ولم يقل بتوهم الشبهات بخلاف ما اذا كان احد ولي القصاص
غايبا حيث لا يستوفي القصاص لجواز ان يحضر فيعفو اذا حضر فيعفو يسقط القصاص
بحقيقة العفو لا بشبهة العفو فاذا غاب كان احتمال العفو شبهة فاعتبرت الشبهة وفيما
نحن فيه اذا حضرت وادعت النكاح كان شبهة واذا غاب احتمل الشبهة وذلك شبهة
الشبهة فلا يعتبر لانه وهم وبخلاف ما اذا شهدوا بالسرقة والمسروق منه غايب حيث
لا يقطع لان الدعوى شرط في السرقة دون الزنا لان القطع لا يجب الا باخذ المال
واخذ المال لا يثبت الا بحضور صاحبه فلما لم يوجد الدعوى لم تقبل الشهادة لان المال
خالص حق العبد وفي قول ابن ابي ليلى يقطع لان حد السرقة خالص حق الله تعالى كحد الزنا
كذا نقل الفقيه قوله في الجامع الصغير فصار قوله والحضور يتوهم دعوى الشبهة اى
حضور المراة الغايبة يتوهم دعوى الشبهة بان قالت تزوجني او كنت امته قوله وان
شهدوا انه زنا بامراة لا يعرفونها لم يحد وهذه من مسايل الجامع الصغير وذلك لانهم
اذا لم يعرفوها احتمل انها حليلته او انها اجنبية فقد دخل اذن في الحد لعل وعسى فلا
يجب الحد لقول علي وابن عباس اذا كان في الحد لعل وعسى فالحد معطل كيف والظاهر
انها امراته او امته لانه لا يليق بحال المسلم لان اسلامه يمنعه عن ان يزني قال الحاكم
الشهيد في الكافي وان قال المشهود عليه ان التي رايتموها معي ليست لي بامراة ولا خادم
لم يحد ايضا وذلك لانها تتصور ان تكون امة ابنه او منكوحة نكاحا فاسدا قوله

وان اقر بذلك اي اقر بالزنا بامراة لا يعرفها حد وهذه من المعادة ايضا وذلك
لانه لا يشتبه عليه امراته او امته عن غيرها وليس بمتهم في اقراره على نفسه
فيحد قوله وان شهد اثنان انه زنا بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته
درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة وهذه
من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل بزنا فشهد اثنان انه استكرهها و
شهد اثنان انها طاوعته قال ادرا الحد عنهم جميعا وقال ابو يوسف ومحمد يحد
الرجل ولا يحد المراة وجه قولهما ان الشهود اتفقوا على الزنا موجب للحد في حق الرجل
وهو الزنا عن طوع واختلفوا في حق المراة فتقبل شهادتهم في حق الرجل لاتفاقهم
فيحد ولا يقبل في حق المراة لاختلافهم فلا تحد وجه قول ابي حنيفة انهم شهدوا
بفعلين مختلفين لان الزنا عن طوع غير الزنا عن اكراه فلم يثبت لا هذا ولا
ذاك لعدم الحجة الكاملة فلا يقبل كما اذا اختلفوا في المكان كالبصرة والكوفة تلخيصه
ان شاهدي الاكراه اثبتا كل الفعل للرجل وشاهدي الطواعية اثبتا بشطر
الفعل فاذن احد الفريقين شهد بزنا يوجب حدا واحدا اعني على الرجل خاصة
والفريق الاخر شهد بزنا يوجب حدين حد على الرجل وحد على المراة فلم يتم لاحد
الوصفين حجة كاملة فلا يقبل لان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها
لعدم نصاب الشهادة فصارا خصمين بالقذف فلا تقبل شهادة الخصم الا ان
حد القذف سقط عنهما بسقوط احصان المقذوفة بشهادة الذين شهدوا
باستكراهها وهذا لان المكروهة على الزنا يسقط احصانها لخلو الوطي عن
الملكين وعن شبهتهما درئ الحد عنهما اي دفع عن الرجل والمراة والدرء الدفع
قال الله تعالى فادرءوا عن انفسكم الموت اي فادفعوا وقال الله تعالى واذ قتلتم نفسا
فادارءتم فيها اي تدافعتم قوله وقالا يحد الرجل خاصة اي قال ابو يوسف ومحمد
يحد الرجل لا المراة قوله لاتفاقهما على الموجب بكسر الجيم اي لاتفاق الفريقين
اعني شاهدي الطواعية وشاهدي الاكراه على موجب الحد في جانب الرجل وموجب
الحد هو الزنا عن طوع قوله وتفرد احدهما رحمه الله لعطفا على قوله لاتفاقهما اي

وتفرد

٦١

وتفرد واحد الفريقين اراد باحد الفريقين شاهدي الاكراه بزيادة جناية وهو
الاكراه والضمير راجع الى الزيادة والتذكير للنظر للخبر قوله بخلاف جانبها اي
جانب المراة قوله ولم يثبت اي لم يثبت شرط تحقق الموجب في حقها وهو طوعها
لاختلافهما اي لاختلاف الفريقين بها اي بالرجل والمراة عنهما اي عن شاهدي
الطواعية قوله فصارا خصمين في ذلك اي صار شاهدي الطواعية بسبب
قذفهما خصمين في شهادتهما قوله وان شهد اثنان انه زنا بامراة بالكوفة واخران
انه زنا بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا وهذه من مسايل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل بزنا فشهد
اثنان انه زنا بها بالبصرة وشهد اثنان انه زنا بها بالكوفة قال يدرا عنهما الحد
ان كان ذلك في بيت واحد اقمت الحد على الرجل والمراة قال الحاكم الشهيد في الكافي
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا واختلفوا في المزني بها او في المكان او في الوقت
بطلت شهادتهم الا ان يكون اختلافهم في مكانين متقاربين من بيت واحد او
من غير بيت فيقام الحد استحسانا وانما لم تقبل شهادتهم في الفصل الاول لانهم شهدوا
على زنايين مختلفين لان فعل الزنا في هذا المكان غيره في المكان الاول ولم تتم حجة
كاملة على كل واحد منهما الا اذا كان البيت صغيرا فاختلفوا وقال اثنان انه زنا
في هذه الزاوية من البيت وقال اخران انه زنا في الزاوية الاخرى منه حيث
تقبل لامكان التوفيق لانه قد يكون ابتداء الفعل في احدى الزاويتين ثم بالاضطراب
ينتقلان الى الزاوية الاخرى بخلاف ما اذا كان البيت كبيرا لا يحتمل التوفيق حيث
لا تقبل شهادتهم واذا لم تقبل شهادة الشهود لا يحدون حد القذف عندنا خلافا
لزفر وهو القياس وذلك لانه اذا درئ الحد عن المشهود عليه لنقصان عدد الشهادة
لانه لم يتم على كل واحد من الفعلين حجة كاملة فصار الثلاثة شهدوا على الزنا فهم قذفة
وكذلك هؤلاء ولنا ان الشبهة دارية للحد بالحديث وقد وجدت الشبهة هنا
فيسقط حد القذف عنهم بيانه انهم شهدوا ولهم اهلية كاملة وعددهم كامل
على زنا واحد في زعمهم وانما جاء الخلاف بذكر المكان فتثبت شبهة الاتحاد في الشهادة
فدرئ حد القذف والحاصل انها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى

الاولى لم تحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه قال في المختلفة و
على هذا الخلاف اذا شهد الفساق بذلك قوله نظرا الى اتحاد الصورة والمراة اى
اتحد صورة لنسبة الزنا واتحاد المراة في رواية يعنى شهد اثنان انه زنا في زاوية و
شهد اخران انه زنا في زاوية غيرها قوله وهذا استحسان اى حد الرجل والمراة فيما اذا
اختلف الشهود في بيت الصغير استحسان والقياس انه لا يحد كما في البيت الكبير لثبوت
الاختلاف في المكان حقيقة وهو قول الشافعي قوله فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر
في المؤخر اى يظن المواقع من كان في المقدم البيت ويظن من كان في موخر البيت ان
المواقع في موخر البيت لان الواقع في وسط البيت فيشهد كل بحسب ما ثبت عنده
قال في الشامل في قسم المبسوط وان اختلفوا في الثبوت الذى كان عليه حال زناه تقبل
شهادتهم لانه يتصور انه اخذ في العمل وهو لابس ثوبا ثم ليس اخر وهو على حال قوله
وان شهد اربعة انه زنا بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنا بها بدير
هند درئ الحد عنهم جميعا اى عن الشهود وعن الرجل والمراة المشهود عليها وهذه من
مسايل الجامع الصغير ومعنى قوله انه زنا بدير هند اى عند طلوع الشمس ايضا ذكره
صح في الجامع الصغير واما درئ الحد عن الرجل والمراة لان احد الفريقين كاذب
لا محالة لانه لا يتصور بالزنا في ساعة واحدة من شخص واحد في مكانين متباعدين
لكنه لم يتميز الكاذب من الصادق لجواز ان يكون الكاذب اما هذا الفريقين واما ذاك
الفريقين ان يكونوا هم الصادقين قال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير
ولو كان بين المكانين مسافة قريبة جازت شهادتهم لانه يصلح ان الامرين كما ان قوله
بالنخيلة بالنون والخاء المعجمة على وزن التصغير نخيلة اسم موضع قريب من بجيلة
على وزن فعيلة بفتح الباء وكسر العين اسم حى من اليمن سموا بجيلة وهى المذكور في كتابه
المسمى بالكامل وفد كان المغيرة بن شعبة وهو والى الكوفة صار الى دير هند بنت
النعمن بن المنذر وهى فيه عمياء مترهبة واستاذن عليها فقال اخبر هذه المذكورة
بالباب فقالت قولوا له من اولاد جبلة بن الايهم انت قال لا قالت افمن اولاد المنذر
ابن ماء السماء انت قال لا قالت فمن انت قال المغيرة بن شعبة الثقفي قالت
فما حاجتك قال جئتك خاطبا قالت لو كنت جئتني لجمال او الكمال لا طلبتك ولكنك

اردت ان تتشرف بى في محافل العرب وتقول نكحت ابنة النعمن بن المنذر
والا فاى خير في اجتماع اعور وعمياء فبعث اليها كيف كان امركم قالت سأختصر
لك الجواب امسينا مساء وليس في الارض عربى الا وهو يرغب الينا ويرهبنا
واصبحنا وليس في الارض عربى الا ونحن نرغب اليه ونرهبه قوله وان شهد
اربعة على امراة بالزنا وهى بكر درئ الحد عنهما وعنهم وهذه من مسايل الجامع الصغير
اراد بها النساء ينظرن اليها والاصل ان شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه جايزة والبكارة من هذه القبيل فتقبل شهادة هن ثم لما ثبت البكارة
بقولهن لا يتحقق الزنا لانه لا وجود له بالبكارة فاذا لم يتحقق الزنا يدرأ الحد عن الرجل
والمراة والمشهود عليهما ولا حد للشهود حد القذف لان شهادتهن لا تعتبر في
ايجاب الحد لانها ليست بحجة مطلقة ولهذا لا تعتبر شهادتهن وحدهن فيما
يطلع عليه الرجال وان لم يكن حد فلان لا يعتبر في ايجاب الحد وهو يسقط بالشبهة
اولى واحرى وكذا اذا خرجت المراة رتقاء وتقبل في الرتق والعذر والاشياء
التي يعمل فيها بقول النساء قول امراة واحدة كذا قال الحاكم في الكافي قوله في ايجابه اى في ايجاب
الحد قوله فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم اى فلاجل هذا المعنى وهو ان شهادتهن
حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه سقط الحد عن الرجل والمراة المشهود عليهما
ولا يجب الحد على الشهود قوله فان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودين
او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه اى ان الشهود
يحدون ولا يحد المشهود عليه بالزنا وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة في اربعة عميان شهدوا على رجل بالزنا قال يضربون
الحد وكذلك ان كانوا محدودين في قذف والاصل هنا ان الناس في حق الشهادة
انواع نوع منهم اهل لتحمل الشهادة والاداء وذاك كالحر العاقل البالغ المسلم ونوع
منهم اهل لتحمل الشهادة دون الاداء كالمحدود في القذف والعميان ولهذا ينعقد
النكاح بشهادتهم ولا يصح اداؤها منهم لان الاعمى لا يميز الا بالصوت والنغمة وفي
ذلك اشتباه ورد شهادة المحدود من تمام حده قال الله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة
ابدا ونوع منهم ليس اهل للتحمل والاداء جميعا كالعبيد والصبيان والمجانين والكفار

وهذا لا ينعقد النكاح بشهادتهم ونوع منهم اهل للتحمل والاداء لكن في ادائهم قصور
لتهمة الكذب كالفسقة فاذا عرفت هذا فنقول لما لم يصح اداء الشهادة من العميان
والمحدودين في القذف والعبيد صاروا قذفة في نسبة الزنا الى المشهود عليه فيحدون
لانه لا اداء لهم لكن لا شهادة لهم اصلا بخلاف شهادة الفسقة لا يحدون ولا يحد
المشهود عليه ايضا لان لهم اداء وتهمة الاداء صار شبهة فيسقط الحد عنهم ولم يجب الحد
على المشهود عليه لقيام التهمة والعميان والعمي جمع الاعمى قوله لان الزنا يثبت بالاداء
اي يثبت عند القاضي باداء الشهادة عند عدم الاقرار وانما يتوقف ظهوره قوله
فان شهدوا وهم فساق لم يحدوا وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة فساق شهدوا على رجل بالزنا فردت شهادتهم
قال لا حد عليهم وذلك لان الفاسق اهل لتحمل الشهادة والاداء لكن فيه قصور لتهمة
الكذب فنرد شهادته لاجلها فلما كان له اداء ثبت به شبهة الزنا فلم يحدوا باعتبار قصور
الاداء للتهمة ثبت شبهة عدم الزنا فلم يحد المشهود عليه ايضا والدليل على ان للفاسق
اداء قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا اي تثبتوا فلو لم يكن للفاسق شهادة لقال
فلا تقبلوا ولم يقل ذلك بل قال فتثبتوا وفائدة التثبت عند ظهور الصدق برجحانه
عند القاضي بالتامل في احواله ان مثل هذا الفاسق هل يكذب في العادة ام لا قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولو قضى القاضي بشهادة الفساق جاز يعني
عندنا قوله امتنع الحد اي حد الزنا على المشهود عليه وحد القذف على الشهود ويتاتى به
خلاف الشافعي اي يحد الشهود الفساق عن اربعة حدوا وهذا لفظ القدوري
في مختصره وهو احد قولي الشافعي وقال في قول اخر لا يحد عليهم وجه قول اصحابنا ما روى
عن عبد الرزاق عن ثوري عن سليمان التيمي عن ابي عثمان النهدي قال شهد ابو بكرة
ونافع يعني ابن علقمة وشبل ابن معبد على المغيرة انهم نظروا اليه كما ينظرون الى المرود
في المكحلة فجاء زياد فقال عمر جاء رجل لا يشهد الا بالحق فقال رايت مجلسا قبيحا
وانتهارا فجلدهم عمر الحد قال ابو نعيم هؤلاء والذين شهدوا اخوة لام اسمها سمية
وزياد بن سمية كان يسمى زياد ابن امية واصحابنا ذكروا في كتب الفقه ان زيادا قال
رايت اقداما بادية ونفسا عاليا وامرا منكرا ولا اعلم ما وراء ذلك فقال عمر الحمد لله

الذي

الذي لم يفضح رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحد الثلاثة وكان ذلك بمحضر
الصحابة من غير نكير ولان الله تعالى جعل نصاب الشهادة في الزنا اربعة فاذا انتقص
العدد منها صاروا قذفة فيحدون حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم
لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولان الشاهد مخير بين حسبتين على
ما مر في اول هذا الباب وهنا لم يوجد حسبة الستر فذاك ظاهر ولم يوجد حسبة اداء الشهادة
ايضا فتعين القذف فلزم الحد بيانه ان كلام الشهود عند عدم الستر انما لا يكون قذفا
اذا اراد حسبة اداء الشهادة واداء الشهادة انما يتحقق اذا كان العدد كاملا فعند نقصانه
يكون اداؤها لكونها مردودة شرعا فيصيرون قذفة فيحدون وهذا معنى قوله وخروج
الشهادة عن القذف لاعتبارها اي لاعتبار الحسبة قوله وان شهد اربعة على رجل
بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون وهذه من
مسائل الجامع الصغير المعادة الى اخرها قال اعلم ان المشهود عليه بالزنا عبدا او محدودا
في قذف او اعمى فانهم يحدون لان شهود الزنا متى كانوا اقل من اربعة يجب عليهم حد القذف
لقصور عدد الشهادة ويجب الحد على العبد او المحدود او الاعمى ايضا لانه قاذف ولا يجب عند
ابي حنيفة على احد لا على الشهود ولا على بيت المال وعند ابي يوسف ومحمد يجب ارش جراحة
المضروب على بيت المال وكذا اذا مات المحدود من الضرب يجب دية النفس في بيت المال عندهما
اذا ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او اعمى وعند ابي حنيفة لا يجب شيء اما اذا
كان المشهود محصنا فرجم ثم ظهر احد الشهود عبدا او محدودا في قذف او اعمى فالدية على
بيت المال بالاتفاق لكن لا حد على الشهود لان كلامهم انعقد قذفا من الاصل فبموت
المقذوف عليه يبطل حق القذف لانه لا يورث عندنا بخلاف رجوع احد الشهود فانه
يصير قذفا عند الرجوع بعد الموت وعلى هذا الخلاف اذا رجع الشهود بعد الجرح بالجلد
او بالموت بالجلد لا يضمنون عند ابي حنيفة اصلا لا ضمان الارش ولا ضمان النفس
وعندهما يضمنون ارش الجناية ان لم يمت المحدود والدية ان مات وجه قولهما ان الواجب
بشهادة الشهود مطلق الجلد ومطلقه يشمل الجارح وغيره فيكون الجرح او الموت
مضافا الى شهادة الشهود فاذا رجعوا يضمنون فاذا لم يرجعوا فالضمان الى بيت المال
لان الجرح او الهلاك مضاف الى القاضي لانه اخطا في قضائه فيجب الضمان على من وقع منفعة

القضاء لاجله وقد رجعت المنفعة للعامة لان منفعة الحد وهي اخلاء العالم عن الفساد يقع للعامة فيجب الضمان في مال العامة ومال هو مال بيت مال المسلمين كما اذا ظهر احد الشهود عبدا او محدودا في قذف بعد الرجم او القصاص وجد قول ابي حنيفة ان الجراح او الهلاك بالجلد ليس بمضاف الى الشهود لانهم شهدوا بالجلد وهو غير جارح ولا مهلك وليس بمضاف الى القاضي ايضا لانه ما امر الا بما شهد به الشهود ايضا والدليل على ذلك ان الحد لا يقام في الحر الشديد والبرد الشديد ولا على المريض ايضا حتى يبرء كيلا يقع متلفا ولا بسوط له ثمر كيلا يقع جارحا وكذا يفرق على الاعضاء المحل ودون الرأس والوجه والذكر لهذا المعنى وانما الجرح او الهلاك حصل لعنف الجلاد او لضعف المجلود وكان القياس ان يضاف الضمان الى الجلاد لان العنف حصل منه لا من القاضي ولا من الشهود الا انه لم يضف لانه مامور باصل الضرب فسقط عنه ما ليس في وسعه وهو طلب السلامة لا يكلف الله نفسا الا وسعها ولان الجلاد لو اخذ بالضمان لتقاعد الناس عن اقامة الحدود وتعطل الحد خوفا من الغرامة حينئذ لا يجلد القاضي بنفسه **قوله** وان رجم فديته الى بيت المال يعني ان رجم المشهود عليه بالزنا ان كان محصنا ثم ظهر احد الشهود عبدا او محدودا في قذف فكان الدية على بيت المال هذا بالاتفاق لان القاضي اخطا في قضائه للعامة فوجب الضمان في مالهم **قوله** وقالا ارش الضرب ايضا يعني اذا جرحه الضرب لانه اذا لم يجرح فلا شيء على احد كذا ذكر الامام العتابي **قوله** فينتظم الجارح وغيره اي يشتمل الضرب الجارح وغير الجارح **قوله** ليضاف اي يضاف الجرح او الهلاك الى شهادتهم **قوله** وهو مال المسلمين اي القاضي عامل لهم **قوله** فصار كالرجم والقصاص اي صار الجرح او الهلاك بالجلد على تقدير جرح الشهود بان ظهر بعضهم عبدا او محدودا كالرجم والقصاص يعني ان في الرجم والقصاص يجب الغرامة في بيت المال فكذا في الجرح او الموت بالجلد **قوله** وهو نقله هدايته اي المعنى في الضارب نقله هدايته **قوله** فاقتصر عليه اي اقتصر الجرح او الهلاك على الضارب من غير ان يضاف الى الشهود او الى القاضي **قوله** الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح استثناء من قوله فاقتصر عليه هذا جواب سؤال بان يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي ان يجب عليه الضمان في الوجه الصحيح وهو الاستحسان كيلا يمتنع الناس عن اقامة الحد خوفا من الغرامة **قوله** فان

شهد

شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة التي فيها فائدة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على اربعة بالزنا على هذا الرجل بهذه المراة قال لا تجوز شهادتهم وان جاءت الاربعة فشهدوا على المعاينة بالزنا في ذلك المكان قال لا تجوز شهادتهم وذكر هنا شهادة الاصول بعد رد شهادة الفروع فانها لا تقبل لتمكن الشبهة فيها باحتمال الزيادة والنقصان بتداول الالسنة ولان شهادتهم اضعف من شهادة النساء لانهن يشهدن عن عيان وهؤلاء يشهدون عن خبر لا عن عيان وليس الخبر كالمعاينة فاذا ردت شهادتهن في الحدود فرد شهادتهم اولى ولان شهادة الفروع تدل على شهادة الاصول ونصب البدل انما يكون فيما اليه حاجة ولا حاجة اليها هنا لان الحدود تحتال لدرءها لا لاثباتها لكن لا حد على الفروع لانهم حكوا قذف غيرهم والحاكي للقذف لا يحد ولان تكامل عددهم صار شبهة واما شهادة الاصول بعد شهادتهم فانها لا تقبل ايضا لان الفروع نقلوا شهادة الاصول وقد وردت بعد شهادة الفروع فصار رد شهادتهم كرد شهادة الاصول من وجه فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه ولا يحد الاصول ايضا لتكامل عددهم ووجود اهليتهم **قوله** في ذلك المكان مريد ذلك الزنا بعينه اعلم ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء على الرجال وكتاب القاضي الى القاضي لا تقبل في الحدود والقصاص وبه صرح في شرح الطحاوي وغيره ونقل في الاجناس من نوادر ابن رستم وقال تقبل في التعزير الشهادة على الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال ويجوز فيه العفو ويصح فيه الكفالة وهو حق الادمي **قوله** فان جاء الاولون اي بعدما شهد الفروع **قوله** لم يحد ايضا اي المشهود عليه **قوله** معناه اي معنى قول محمد في ذلك المكان **قوله** لان شهادتهم اي شهادة الاصول **قوله** اذ هم قائمون مقامهم اي الفروع قائمون مقام الاصول وهذا تعليل لرد شهادة الاصول بسبب رد شهادة الفروع **قوله** ولا يحد الشهود اي الاصول والفروع لا يحدون لان عددهم متكامل والاهلية ايضا موجودة **قوله** وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهي شبهة البدلية واحتمال الزيادة والنقصان في الفروع وشبهة الرد في الاصول **قوله** وهي كافية للدرء الحد لا للايجاب اي الشبهة كافية لاسقاط

الحد لان لا يجاب الحد بعين ان الشبهة ليست بموجبة للحد لكنها مسقطة له قوله وان شهد
اربعة على رجل بالزنا فرجم وكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية وهذه من
مسائل المعادة في الجامع الصغير اعلم ان رجوع الشاهد لا يخلو اما ان يكون بعد القضا
والامضا او بعد القضا وقبل الامضا او قبل القضا والامضا فهذه فصول ثلثة
اما في الفصل الاول فيغرم الراجع ربع الدية باتفاق اصحابنا ويحد الراجع وحده
عند علمائنا الثلاثة وقال زفر لا حد عليه وقال ابن ابي ليلى وهو قول الحسن البصري
يجب على الراجع القتل وان رجعوا جميعا يقتلون كذا ذكر الفقيه ابو الليث قولهما اعني قول
ابن ابي ليلى والحسن واخذ به الشافعي لانهم قتلوه حيث الجأوا القاضي الى القضاء ولنا
ان القتل لما وقع بقضاء القاضي صار شبهة فسقط القتل ثم فوجب الغرامة على
الراجع وحده وهو ربع الدية وهذا لان العبرة في الشهادة لبقاء من بقي لا لرجوع
من رجع وقد بقي من بقي بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون الراجع متلفا ربع الحق
فيغرم ذلك لانه لما رجع فاقر على نفسه بانه اتلف نفسا محقونة وهي ثلاثة النفس
اخرى معه فاقراره حجة على نفسه دون غيره فلهذا ضمن الربع لا غير واما الحد فلما بينا
عند زفر لانه لا يخلو من احد الامرين واما ان كان قاذف حي او قاذف ميت فان كان
قاذف حي فقد بطل ذلك بموت المقذوف لان حد القذف لا يورث عندنا وان كان قاذف
ميت فلا يلزمه ايضا لانه مرجوم بحكم القاضي ولهذا لو قذفه غيره لا يحد لان قضاء القاضي
بالرجم صار شبهة ولانه لما رجع بقي من المرجوم الزنا ونسبته الى العفة والاحصان فلا يكون
يكون قذفا بقي ان يكون كلامه السابق قذفا وقد بطل ذلك بالموت لعدم صحة الارث عن
ولنا انه لما رجع انقلب كلامه السابق قذفا عند الرجوع وقاذف الميت يحد كما لو
اذا كذب نفسه بعد تفريق القاضي يحد لكلامه السابق قذفا وان كان بحق الزنا لا كذاب
فان قلت اذا كان كلامه قذفا في الحال ينبغي ان لا يحد الراجع كغيره لانه قذف من قضى القاضي
بزناه وحكم برجمه قلت الراجع اعترف انه كذب في شهادته وقذف محصنا فاخذ بزعمه ولا
كذلك اذا قذف غير الراجع لانه يعتقد انه قذف غير محصن حيث حكم القاضي برجمه ولان
قول الشاهد صار حجة في درء الحد عن غيره ولا يجوز ان يكون قوله حجة لدرء الحد عن نفسه
اما في الفصل الثاني وهو ما اذا رجع بعد القضا قبل الامضا يحد الشهود كلهم في قول ابي حنيفة

وهو

وهو قول ابي يوسف اخرا وعلى قول وهو قول ابي يوسف اولا يحد الراجع وحده استحسانا
ذكر الامام الشهيد في الكافي وقول زفر مثل قول محمد في المختلف وقال الشافعي في احد قوليه
لا يحد الراجع كذا في شرح الاقطع وجه قول محمد ان القاضي قضى بشهادتهم وتاكدت حتى
بالقضاء ثم رجوعه بعد ذلك يصح في حق نفسه لا في حق غيره كما اذا رجع بعد الامضا
بالقضا تغيرت نفس الشهود وعليه فصارت بحال لو قتلها انسان لا شيء عليه كذا ذكره الفقيه
ابو الليث فصار حكم القاضي حكم الامضا فاذا رجع بعد الامضا يحد وحده ولكن لهما وهو
قولهما ان امضا الحد بمنزلة القضا بدليل الامضا لا يجوز الا بحضرة القاضي ولهذا
يجعل الاسباب الحادثة في الشهود والارتداد والفسق والجنون والعمى والموت والغيبة
بعد القضا قبل الامضا كالحادثة قبل القضا فاذا كان الامضا كالقضا كان الرجوع
قبل الامضا كالرجوع قبل القضا فيحدون جميعا واما في الفصل الثالث وهو ما اذا كان رجوعه
رجع قبل القضا والامضا فعندنا يحدون جميعا وعند زفر يحد الراجع وحده لان ر
حجة على نفسه لا غيره ولنا ان واحدا منهم لما رجع على الثلاثة لا يصلح ان يكون
شهود والقصور الحد دفعا وادا قذفة بخلاف رجوع الواحد بعد القضا والامضا لان
هنالك جعل القاضي كلامهم شهادة بعد ذلك رجوع الواحد يصح في حق نفسه لا في حق اصحابه
وهنا لم يعتبر كلامهم شهادة حيث لم يقض القاضي به فبقي قذفا فيحدون جميعا ولان واحدا
منهم لو امتنع من الشهادة فشهد الثلاثة يحدون لقصور عددهم فكذا هنا قوله بناء على
اصله اي الشافعي في شهود القصاص يعني اذا رجعوا بعد القصاص يقتلون عنده فكذا
هنا اذا رجعوا بعد الرجم يقتلون ايضا قوله وسنبينه في الديات حواله ليس له رواج الشاه
ذكر ذلك البجاج وقد بيناه قوله واما الحد فمذهب الثلاثة اي علمائنا الثلاثة وهم ابو حنيفة
وابو يوسف ومحمد وهو عطف على قوله اما الغرامة لانه ذكر قبل ذلك حد الراجع وحده وغرم
ربع الدية ثم فصل ذلك بقوله اما الغرامة واما الحد قوله فيورث ذلك شبهة اشارة الى
قوله مرجوما بحكم القاضي قوله لان به ينفسخ شهادته اي بالرجوع تنفسخ شهادة الراجع فجعل
كلامه قذفا في الحال بخلاف ما اذا ظهر احد الشهود عبدا بعد الرجم حيث لا حد عليهم اصلا
لان كلامهم انعقد قذفا من الاصل فبالموت بطل ذلك وقد مر بيانه عند قوله وان شهد
اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا قوله وفي النسخة الجمة

فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضا في حقه والضمير في عليه راجع الى الجملة على تاويل
الكلام وقوله وهو راجع الى ما وهو عبارة من القضا والضمير في حقه راجع الى الراجع
يعني ان القضا انفسخ في حق الراجع لان الفضل ينبني على الشهادة وقد انفسخت شهادة
الراجع بالرجوع فلا يورث كونه رجوما بقضاء القاضي شبهة في سقوط حد القذف عن
الراجع لان القضا انفسخ في حقه بخلاف قذف غير الراجع فان القضا لم ينفسخ في حقه
فصار قيام القضا شبهة في حقه فلم يحد فظهر الفرق وقد مر بيانه قوله فلا ينفسخ الا
في حق الراجع اي لا ينفسخ الشهادة فيما اذا رجع بعد القضا قبل الامضا كما اذا رجع
بعد الامضا جوابه ان القياس ليس بصحيح لان الامضا من القضا وقد مر بيانه قوله
وهذا يسقط الحد عن المشهود عليه اي لاجل ان الامضا من القضا في باب الحدود يسقط
الحد عن المشهود عليه اذا رجع واحد بعد القضا قبل الامضا كما يسقط اذا رجع قبل القضا
قوله لا يصدق على غيره اي لا يصدق الراجع على غير الراجع قوله واذا كانوا خمسة فرجع
احدهم لا شي على الشهود لا على الراجع ولا على اصحابه لا الحد ولا الغرامة لبقاء من بقي بقوا
كل الحق فان رجع اخر حدا حد القذف وغرما ربع الدية لانه بقي ثلاثة ارباع الحق ببقاء
الثلاثة على الشهادة لان كمال العدد ليس بشرط للبقا بل يبقى بكل قسطه فصار عليهما
الربع وعلى كل واحد من الراجعين حد كامل لان الحد لا يتجزى وهي من مسايل المعادة التي
فيها فايدة لانه ذكر في الاصل رجوع واحد من الخمسة ولم يذكر اخر معه وفي الجامع الصغير ذكر رجوع
ذكر ذلك قوله اما الحد فلما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع
فان قلت حين يرجع الواحد من الخمسة لا شي عليه اصلا فبعد ذلك كيف يجب عليه الحد
والغرامة برجوع الاخر قلت انما لم يجب عليه شي وقت رجوعه لمانع مع وجود السبب المانع
بقاء الحجة الكاملة فلما رجع الاخر زال المانع فكمل السبب عمله على ما عرف اي في كتاب الشهادات
قوله وان شهد اربعة بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين
عند ابي حنيفة وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في اربعة شهدوا على الرجل بالزنا فزكاهم نفر زعموا انهم احرار مسلمون فاذا هم
مجوس او عبيد وقد رجمه الامام حين زكوهم بذلك قال عليهم الدية وقال ابو يوسف
ومحمد لا شي على المزكين في ذلك والدية على بيت المال قال صاحب الهداية معناه اذا

رجعوا

رجعوا عن التزكية معنى قوله فالدية على المزكين ويدل على صحة تاويله ما نص عليه
الحاكم الشهيد في الكافي قال واذا شهد الشهود على رجل بالزنا والاحصان فزكاهم نفر
زعموا انهم احرار ورجم ثم وجد احدهم عبدا قال لا حد على الشهود ولا ضمان قلت
فهل على المزكين شي قال ان ثبت المزكون على شهادتهم انهم احرار لم يقض على المزكين
بشي ولا على الشهود فان رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا وهذا قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا ضمان على المزكين لم يعلموا شيئا سوى انهم اثنوا على الشهود بخير
واثنوا بذلك شرط الحجة وهي العدد فصاروا كالشهود الاحصان فلا يضمنون
شيئا فاذا لم يضمنوا وجب الضمان على بيت المال لان القاضي اذا اخطا في قضائه في
حق يجب الضمان في بيت المال لان قضاءه وقع للعامة فيجب الضمان في مالهم وهو
بيت المال المسلمين وان اخطا في قصاص او مال يجب الضمان على المقضي له ووجه
قول ابي حنيفة ان المزكين هم الذين اثبتوا المشهود عليه بالزنا لان القاضي لا يقضي
ما لم يكن التزكية فكانت التزكية بمنزلة العلة علة العلة والحكم يضاف الى علة العلة
كما يضاف الى العلة فصار المذكور كالشهود واذا رجعوا فيضمنون بخلاف شهود الاحصان لكن
ليس في معنى علة العلة بل هو علامة محضة لحكم الزنا الصادر بعد وجود الاحصان لم
لا يثبت الزنا بشهود الزنا ما لم يزكوا فظهر الفرق بين التزكية وشهادة الاحصان ثم لا
ضمان على شهود الزنا في مسئلتنا لان كلامهم انما يقع شهادة بالتزكية فلما رجع المزكون علم
انه لم يقع شهادة بخلاف ما اذا رجع شهود الزنا ولم يرجع المزكون حيث يضمن شهود الزنا
لان كلامهم وقع شهادة ثم لا يحد شهود الزنا في مسئلتنا لانهم قذفوا حيا فسقط الحد بالموت
المقذوف لانه لا يورث عندنا فان قلت الحكم بوجوب الدية على المزكين مطلق عن
قيد الرجوع في مسئلة الجامع الصغير وصاحب الهداية اولها انت قد استدل للت
على صحة ذلك بنص الحاكم الشهيد فاذا كان كذلك كيف قال في المنظومة على مزكين ضمانه
من رجم ان ظهر الشاهد عبدا او على ما وجبا ضمان هذا المتلف في بيت مال المسلمين
فاعرف وفي مزكين اذ هم رجعوا كذا وقالا عزرا وارجوا حيث اطلق البيت الاول
عن الرجوع وقيد البيت الثالث بالرجوع فلو كان معنى المسئلة فيما اذا رجع المذكور لزم
التكرار وكذا ذكر صاحب المختلف ايضا حيث قال وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون

فذلك دليل على ان الرجوع ليس بشرط لضمان المزكين فيما اذا ظهر الشهود مجوسا او عبيدا
قلت الامام الحاكم الجليل الشهيد اعرف بمذهب اصحابنا وكبار الائمة شرحوا الكتاب الكافي
وسمي كل واحد شرحه مبسوطا وكلامه نص في تحقيق المذهب على ان رواية الاصل
كذلك حيث قال فيه ارايت الشهود اذا شهدوا على رجل بالزنا فسال القاضي عنهم فزكوا في السر
والعلانية فقضى بشهادتهم ورجم المشهود عليه ثم وجد احد الشهود عبدا هل على الشهود
شي قال لا حد عليهم ولا ضمان والدية على بيت المال قلت ارايت لو كان المزكون هم احرار
يعرف نسبهم فامضى القاضي شهادتهم ثم وجد الشهود ليس لهم نسب ووجدهم عبيدا
هل يقضى على المزكين بشي ولا على الشهود وان رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا
قلت وان لم يقولوا انهم احرار وقالوا انهم عدول ثم وجدوا عبيدا كيف القول في ذلك قال
لا ضمان على المزكين الى هنا لفظ الاصل ولا يلزم التكرار في مسئلة المنظومة والمختلف
لان مسئلة الاولى فيما اذا رجع المزكون وقد ظهر بعض الشهود عبدا والثانية فيما
اذا رجعوا ولم يظهر بعض الشهود عبدا ثم اعلم ان المراد بالتزكية اثبات عدالة الشهود
بوصفهم انهم ازكيا بان يقول المزكون هم احرار مسلمون **قوله** وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا
التزكية مع علمهم بحالهم اي وجوب الضمان على المزكين عند ابي حنيفة اذا قالوا ذلك اما اذا قالوا
اخطانا فلا قال الامام العتابي في شرحه للجامع الصغير تاويله اذا قالوا علمنا انهم مجوس ومع
هذا زكيناهم اما اذا قالوا اخطانا فلا يجب عليهم الضمان لانهم نايبون عن القاضي فالقاضي
لو اخطا لا ضمان عليه فكذا هنا وانما وجب الضمان عليهم اذا تعمدوا لانهم اظهروا علة
التلف **قوله** وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اي وجوب الضمان على المزكين فيما اذا اخبروا
بحرية الشهود واسلامهم ثم ظهر الشهود مجوسا او عبيدا اما اذا قالوا هم عدول ولم يزيدوا
على ذلك ثم ظهروا عبيدا لا ضمان عليهم لان العبد يكون عدلا ايضا بتركه محظور دينه
ثم اعلم ان ذكورة المزكي شرط عند ابي حنيفة خلافا لهما ذكره في المختلف ولا يشترط العدد
في المزكي عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد ويشترط الاثنان في ساير الحقوق والاربعة
في الزنا اما لا يشترط في التزكية بالاتفاق لفظة الشهادة ومجلس القضا وقد عرف في
المختلف ويجوز شهادة رجل وامراتين على الاحصان كذا قال الحاكم الشهيد في الكافي **قوله**
ولا يورث عنه اي لا يورث حد القذف عن الميت **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا
قام

قاموا القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية استحسانا
وفي القياس يجب القياس وهذه من مسايل العادة في الجامع الصغير ولم يذكر فيها محمد
القياس والاستحسان في الجامع الصغير وقد ذكرهما في شروح الجامع الصغير قال الحاكم
الشهيد في الكافي واذا شهد الشهود على رجل بالزنا وهو محصن فامر القاضي بالرجم
حتى قتله انسان بالسيف عمدا او خطا قال عليه القصاص في العمد والدية في الخطا
فان كان قضى برجمه ثم قتله او قطع يده او فقا عينه فلا شي عليه وان وجد احد
الشهود عبدا بعد ما قتله الرجل فعلى الرجل القصاص في القياس ولكني استحسن
وابطل القصاص واجعل عليه الدية في ماله في ثلاث سنين وان قتله رجل فلا شي عليه
والدية على بيت المال وكذلك ارش الجراح اذا لم يكن مات الى هنا لفظ الحاكم وانما وجب
القصاص في القياس لانه تبين بعد ما وجد الشهود عبيدا انه قتل نفسا معصومة
بغير حق فيجب القصاص لظاهر قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس لكن
لم يجب القصاص استحسانا لان قضا القاضي بحل دمه برجمه صار شبهة وهذا لان
قضاه لو كان حقا يوجب اباحة الدم فاذا لم يكن حقا بان وقع خطا فصورة قضايه
يورث الشبهة كالنكاح الفاسد يكون شبهة باسقاط الحد بخلاف ما اذا قتله عمدا
بعد شهادة الشهود وتعديلهم قبل القضا حيث يجب القصاص لعدم الشبهة لان
القضا هو المورث للشبهة ولم يوجد ثم لما لم يجب القصاص وجب الدية في ماله لان العاقلة
لا تعقل العمد وهذا عمد لكن يجب في ثلاث سنين لان كل عمد سقط فيه القصاص للشبهة
يجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين لانها وجبت بنفس القتل ابتدا لا بسبب يحدث
كالصلح فصارت كالدية في الخطا وشبه العمد وستعرف ذلك في كتاب الديات ان شاء
الله تعالى بخلاف ما اذا قتله رجما بعد قضا القاضي بالرجم ثم وجد الشهود عبيدا حيث لا يجب
شي على القاتل ويجب الدية في بيت المال وليس كذلك اذا قتله بالسيف لانه يخالف امر
القاضي لانه امر بالرجم لا بحز الرقبة فلكن وجبت الدية في ماله **قوله** بخلاف ما اذا قتله
قبل القضا اي يجب القصاص ح **قوله** ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على القضا صحيح
ظاهرا وقت القتل **قوله** كما اذا ظنه حربيا اي ظن المسلم او الغازي اول الشخص
حربيا وعليه اي على الحربي علامتهم اي علامة اهل الحرب فقتله عمدا ثم ظهر ان المقتول

ليس بحربي يجب الدية في مال القاتل لا القصاص للشبهة فانه مباح الدم في ماله اي في مال
القاتل لانه عمد اي لان القتل عمد قوله وان رجم على صيغة المبني للفاعل كذا السماع من الاساتيذ
الكبار اي بان رجم ذلك الرجل المذكور المشهود عليه بالزنا بعد قضاء القاضي بالرجم ثم وجد
الشهود عبيدا ويجوز على صيغة المبني للمفعول اي ان رجم المشهود عليه بالزنا في هذه الحالة
ثم تبين حال الشهود قوله لانه امتثل امر الامام يقال امتثل امره اي احتذاه كذا في ديوان
الادب قوله فنقل فعله اليه اي فعل الرجم الى الامام قوله ولو باشر بنفسه اي لو باشر
الامام الرجم بنفسه قوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر قبل ورقة بقوله لانه ينتقل فعل
الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم قوله واذا شهدوا على رجل
بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم وهذه من مسائل الجامع الصغير اعلم ان
الشهود اذا قالوا تعمدنا النظر الى فرج الزاني والزانية لا يكونون فساقا بل تقبل شهادتهم
لانهم بلغوا على اقامة الشهادة على انهم رادوا الحيل في الحكمة والرشاد في الخبر ولا يصح
التكلف على الخطا والشهود وانما يصح التكليف على القصد والعمد فاذا كانوا مكلفين
على العمد لا تسقط شهادتهم بالعمد لان قصدهم اقامة الحسبة لا التلذذ قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وان اقروا انظر والتلذذ ينبغي ان لا تقبل شهادتهم أنهم
لانهم فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل قوله فاشبه الطبيب اي اشبه نظر شهود
الزنا الى فرج الزاني والزانية للضرورة في ذلك نظر الطبيب والقابلة الى الفرج وهذا
لان الطبيب يجوز ان ينظر الى موضع العورة لضرورة المداواة قال في خلاصة الفتاوى
ولا يجوز النظر الى العورة الا عند الضرورة وهي الاحتقان والختان والمداواة والزنا
فالبكارة في العنة والرد بالعيب في حق المرأة اولى وان لم يوجد ستر يدار موضع الضرورة
قوله واذا شهد اربعة بالزنا على رجل فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه
يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط اي شرائط الاحصان وهذه من
مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا
على رجل بالزنا وله امرأة قد ولدت منه وهو منكر ان يكون جامعها قال يرجم وذلك لان الولد ثابت
نسبه منه بالفراش فاذا كان الولد منه شرعا كان الدخول ثابتا شرعا ايضا لان الولد بلا
دخول لا يكون فبعد ذلك لا يلتفت الى انكاره الدخول كما اذا شهد الشهود على الدخول

وانكر

وانكر هو ذلك على ان الولد اكثر دلالة من شهادة الشهود على الدخول فيه لا يلتفت فيها
الى وهذا اذا طلقها هذا الرجل يكون له حق الرجعة وهذه المسألة دلت على
ان اثبات الاحصان ليس مثل اثبات العقوبات كالحدود والقصاص لانها لا تثبت
بدلالة الظواهر قوله حكم بالدخول عليه اي حكم على الرجل بالدخول بالمرأة قوله ولا احصان
يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي دل ظاهرا وفيه شبهة قوله فان لم يكن له ولد
منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي وهذه من مسائل
الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل شهد عليه
اربعة بالزنا وهو منكر الاحصان فشهد عليه بالاحصان رجلان او رجل وامرأتان قال
يرجم فان رجع شهود الاحصان قال لا شيء عليهم اعلم ان المشهود عليه بالزنا اذا انكر بعض
شرائط الاحصان كالنكاح والدخول والحرية فشهد عليه رجل وامرأتان ثبت الاحصان
عندنا خلافا لزفر والشافعي مر على اصله في عدم قبول شهادة النساء في غير الاموال وفي موضع
لا يطلع عليه الرجال لزفر ان الاحصان شرط في معنى العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه
كما لا تقبل شهادة النساء لا مدخل لها في باب الحدود وبيانه ان علة حد الزنا هو الزنا
لكن تتغلظ عند وجود الاحصان وهذا يجب الرجم الذي هو اقصى العقوبات فكان الاحصان شرطا
في معنى العلة فلا تقبل شهادتهن على علة الحد فلا تقبل ايضا على شرطه وهو الاحصان
لانه في معناها لتغلظ الجناية عنده وهذا العبد المسلم اذا زنا فشهد نصرانيان ان
مولاه النصراني اعتقه قبل الزنا لا يثبت عتقه لان شهادة الكافر على المسلم بالحدود
والحرية شرط من شرائط الاحصان فلم تسمع شهادة الكافر لانها شهادة بالحد ولا تسمع
ايضا شهادة النساء على الاحصان لانه حد ولنا ان الذكورة انما شرطت في شهود الزنا
لان في شهادة النساء شبهة لقصور عقلهن وضبطهن والشبهة انما تعتبر فيما يندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص لا فيما لا يندرئ بها فاذا قامت البينة على حد وقصاص
او على سبب ذلك لا تكون مقبولة بالشبهة والاحصان ليس بحد وعقوبة وليس بسبب
كذلك لان سبب العقوبة معصية قبيحة والاحصان عبارة عن الخصال الحميدة فلا يكون
سببا وليس بشرط للحد ايضا لانه لو كان شرطا تعلق به وجود الحكم ثم ينعدم عند
وجود الحكم والاحصان ينعدم عند وجود الحكم وهو الزنا فعلم انه ليس بشرط للحد فلما لم يكن

الاحصان سببا ولا شرطا للحد بحيث يتعلق به الوجوب والوجود بطل شرط المذكورة
في الشهادة على شرائط الاحصان كما لو ثبت النكاح والدخول بشهادة رجل وامرأتين
عند القاضي قبل ظهور الزنا ثم زنا فظهر زناه عند القاضي يقضي بالرجم عليه وهو معنى
قولهم الشرط كما اذا اشهدوا به في غير هذه الحالة لان الموجب للحد في الزنا هو الزنا
جلدا كان الحد او رجما لان ذلك هو حكم الله تعالى في المحصن وغيره الا ان كونه محصنا
ليس بمعلوم للقاضي فاذا ظهر كونه محصنا بالشهود لا ينضاف الحكم الى شهود الاحصان
بل الى شهود الزنا ونظيره قول القائل ان كان لفلان علي الف درهم فعبده حر فشهد شاهدان
ان لفلان عليه الفا يعتق العبد لكن لا يضاف العتق الى الشهادة بل تضاف الى
التعليق والى وجوب الالف عليه حالة التعليق فكذا هنا لا يضاف الرجم الى شهادة
الاحصان التي ظهر بها الاحصان بل يضاف الى الزنا الموجب للرجم فعلى هذا قلنا لا
يضمن شهود الاحصان اذا رجعوا خلافا لزفر لانه في معنى العلة عنده ولذا قلنا ان
العتق لا يثبت بشهادة النصرانيين بل يثبت الا انه لا يثبت سابقا على الزنا
كيلا يتضرر به المسلم بكونه مرجوما فان قلت يدل على ان الاحصان شرط في معنى
العلة ما اذا اقر بالاحصان ثم رجع صح كالزنا اذا اقر به ثم رجع فكذا لا تقبل بينة الاحصان
حسبة من غير دعوى كالزنا فينبغي ان يشترط المذكورة في الاحصان كما في التزكية عند
ابي حنيفة قلت انما صح الرجوع لانه لا يكذب لم فيه بخلاف الاقرار بالحالة فان رجوعه
لا يصح لوجود المكذب لا باعتبار انه في معنى العلة وهو الزنا وصحت الشهادة من غير
دعوى لانه يتضمن تحريم الفرج وهو حق الله تعالى والتزكية علة العلة فلهذا
اشترطت المذكورة فيها عند ابي حنيفة وقد مر الفرق بينهما وبين الاحصان في قوله
وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس قوله ان شهادتهن
غير مقبولة في غير الاموال وكان ينبغي ان يقول في غير موضع لا يطلع عليه الرجال لان
شهادتهن مقبولة عنده ايضا فيما لا يطلع الرجال كالولادة وعيوب النساء والرضاع
ولكن يشترط شهادة الاربع منهن عنده قوله عنده اي عند وجود الاحصان قوله
لما ذكرنا اي لان الاحصان شرط في معنى العلة قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله قبل باب
الوطي الذي يوجب الحد فيكون مسوغه من الزنا فنظير ثمة قوله كما اذا اشهدوا به في غير

هذه

هذه الحالة اراد بهذه الحالة ما بعد الزنا اي يقبل شهادة الرجل والمرأتين بالاحصان قبل
الزنا وقد مر بيانه قوله بخلاف ما ذكره زفر من شهادة ذميتين على ذمي اذا اعتق عبده قبل
الزنا قوله وانما لا يثبت سبق التاريخ يعني يثبت العتق لكن لا يثبت سابقا على الزنا و
قد مر بيانه قوله وهو فرع ما تقدم اي عدم الضمان على شهود الاحصان اذا رجعوا عندنا
ووجوب الضمان عند زفر بناء على ما قلنا انه في معنى العلة عنده وشرط محض عندنا
لا يتعلق به الوجوب والوجود بل هو علامة معرفة لحكم الزنا الصادر بعده وفي الاحصان
يكفي للشهود ان يقولوا دخل بها وجامعها قال محمد لا بد ان يقولوا جامعها او باضعها كذا ذكر
الشامل في قسم المبسوط والله اعلم

باب حد الشرب

ذكر الشرب بعد حد الزنا لان المعصية
في الزنا اشد ولهذا كان حد الزنا مائة او رجما في الحر وحد الشرب ثمانون في الحر وعند الشافعي
اربعون كما في العبد تحققه ما روى صاحب السنن باسناده الى عبد الله ابن مسعود قال
قلت يا رسول الله اي الذنب اعظم قال ان تجعل لله ندا وهو خلقك قال ثم اي قال ان
تقتل ولدك خشية ان يأكل معك قال ثم اي قال ان تزاني حليلة جارك قال وانزل تصديق
قول النبي صلى الله عليه وسلم والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله
الا بالحق ولا يزنون الاية واخر حد القذف عن حد الشرب لتيقن الجناية في الشارب دون
القاذف لانه يحتمل انه صدق في القذف بان يكون المحدود زانيا ولهذا كان حد القذف اخف
من الجميع وتاخير حد السرقة لما انه شرع لصيانة الاموال والمال تبع قوله ومن شرب الخمر فاخذ
وريحها موجودة او جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها
موجودة وهذه من مسئلة القدوري الا انه لم يذكر في مختصره او جاؤوا به سكران اعلم ان
التقادم في الحدود الا في حد القذف مانع من قبول الشهادة بالاتفاق الا في تقديره اختلاف
فعند ابي حنيفة على ستة اشهر او ما يراه الامام وعند محمد شهر وهذا في غير حد الشرب
وقد رجح محمد فيه ايضا كما قدر في حد الزنا والسرقة بشهر والفرق بين حد القذف وغيره في
اول الباب الذي قبل هذا وهما قدراه بانقطاع الرائحة ولهذا قال ابو حنيفة في الحد ان شهدوا
عليه بشرب الخمر طوعا انه شربها من يومهم او ليلتهم قبل وعند وان كان مضى لذلك يوم او
او ليلة او اكثر لم يحد وذلك لان في هذه المدة لا ينقطع الرائحة للاحتمال لان ريح الخمر قد
يشتبه بريح السفرجل ولهما قول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر [illegible]

الرائحة ولان الخلاف وقع في قرب العهد وتطاوله وقيام اثر شرب الخمر وهو الرائحة
اقوى له دلالة على الشرب فيعتبر ذلك ولا حاجة مع وجوده الى التقدير
بالزمان واذا تعذر اعتبار الاثر الى ما يخلفه وهو الوقت ولم يتعذر فيما نحن فيه
والتمييز بين الروائح متحقق بالاستدلال لمن له لب واشتباهها على الجاهل البعير لا يعتبر له
في موضع الحجة وهذا في الشهادة اما الاقرار بالشرب فالتقادم لا يبطله عند محمد كما يبطله
في حد الزنا بالاتفاق وعند ابي حنيفة وابي يوسف يبطله التقادم كما يبطل الشهادة
والقياس ما قاله محمد لان الانسان لا يتهم في الاقرار وانما يتهم بالشهادة بعد تطاول
العهد وذكر في النوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا احكم عندي من القول ان يبطل الحد
بالاقرار انما اقيم الحد عليه وان جاء بعد اربعين عاما انه كان يشرب النبيذ سكر
وتقادم ولم يتقادم وجد ريحها او لم يوجد ولهما ان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة
ولا يصح اجماعهم بدون راى ابن مسعود وقد اعتبر هو قيام الرائحة لاقامة الحد فان
قلت الشرط يوجب وجود الحكم عند وجوده ولا يوجب العدم عند عدمه فعلى هذا يجب
الحد عند وجود الرائحة ولا ينعدم عند عدمها قلت عند عدم الرائحة لا باعتبار ان
عدم الشرط اوجب عند عدم حكم بل لعدم الاجماع على الحد على ذلك التقدير لان
اجماعهم لا يصح بدون راى ابن مسعود وهو لم ير الحد عند انقطاع الرائحة والمذهب
عندي في الاقرار ما قاله محمد لما بينا وحديث ابن مسعود انكره بعض اهل العلم قال
ابو عبيد لان الاصل في الحدود اذا جاء صاحبها مقرا بها الرد والاعراض وعدم الاستماع
احتيالا للدرء كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اقر ماعز فكيف يامر ابن
مسعود بالتلتلة والمزمزة والاستنكاه حتى يظهر سكره فلو صح فتاويله انه كان في
رجل مولع بالشرب مدمن فاستجاز ذلك كذلك قوله وريحها موجودة ذكر خبر الريح بالتانيث
لان الريح من الاسماء المؤنثة السماعية قوله او جاءوا به سكران اي الى مجلس القاضي
والباء للتعدية عليه اي على من شرب بذلك اي بشرب الخمر قوله وكذلك اي لم يحد يعني كما انه
لا يحد عندهما اذا اقر بعد ذهاب الرائحة فكذلك لا يحد اذا شهدوا بعد ذهاب الرائحة
وعند محمد لا اعتبار للرائحة بل يحد في صورة الشهادة اذا لم يتقادم العهد ويحد في
الاقرار وان تقادم قوله انه اي ان التقادم عنده اي عند محمد قوله يقولون لي انكه تد

شربت

شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت سفرجلا ش يروى البيت بكلمة قد وهي رواية
المطرزي في المغرب وبدونها وهي رواية الفقها فعلى الاول تسقط همزة الوصل من انكه
في اللفظ وعلى الثانية بالكلية لضرورة الشعر ولا يسقط ويجوز تحريك همزة الوصل
في الحشو والانصاف وقد مر بيان ذلك في كتابنا الموسوم بقصيدة الصغا نظما
وتنوا والمداومة بمعنى المدام وهي الخمر قوله على القرب اي على قرب العهد قوله وقد
اي شرطه ابن مسعود قوله على ما روينا اشارة الى قوله تلتلوه ومزمزوه
واستنكهوه قال وجد ثم رائحة الخمر فاجلدوه والتلتلة بالتائين كلمة واحدة
منها منقوطة بنقطتين فوقانيتين بمعنى الترترة بالتائين مهملتين وكذلك المزمزة
بالزايين المعجمتين في معناهما وهي التحريك والزعزعة حتى يوجد منه الريح ليعلم ما شرب
وجمع تلتلة تلاتل وهي الحركات قال ذو الرمة يصف بعيرا بعيد مساف الخطو عوج
شمردل تقطع انفاس المهاري تلاتله ش والمساف جمع المسافة يعني انه بعيد الخطو
عوج اي واسع الصدر وشمردل اي طويل والانفاس جمع نفس والمهاري جمع
المهرية من النوق يقول انه تسير بسيره وبقي تقلقلها في السير وتجهد بها وتوقع
عليها البهر والنفس لسرعته والاستنكاه طلب النكهة وهي رائحة الفم قوله فان اخذه
الشهود وريحها يوجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع
ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا الواو في وريحها للحال ومعنى قوله او سكران ذلك
اشارة الى ريح الخمر وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه وان كان
الريح يوجد فلما ذهبوا به الى الامام انقطعت الرائحة بسبب بعد المسافة ثم يطلب
الحد اعلم ان التقادم قد يقدر بانقطاع الرائحة عند ابي حنيفة وابي يوسف فبعد انقطاعها
لا يسمع الشهادة اذا كان المشهود عليه حاضرا اما اذا كان غائبا عن الامام بحيث تنقطع
الرائحة قبل الانتهاء الى الامام لبعد المسافة فلا يكون التقادم مانعا من قبول الشهادة
لان تاخير الشهادة عن عذر فلا يتهمون في التاخير كما في سائر الحدود واذا اخروا الشهادة
لبعد المسافة تقبل شهادتهم لعدم التهمة فكذا هنا قوله ومن سكر من النبيذ حد هذه
من مسائل القدوري والاصل في ذلك ما روي في السنن مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه فان

ماء الرابعة فاقتلوه بيانه ان الحد في الخمر يجب بشرب قطرة منها بدون السكر بالاجماع
فعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم اراد به السكر مما سوى الخمر من الاشربة ودل ايضا ان
الحد في غير الخمر لا يوجب بدون السكر وقد علم روى ان عمر حد اعرابيا سكر من النبيذ
يقال نبذت الشي انبذه اذا القيته ومنه سمي النبيذ لان التمر كان يلقى في نبيذ التمر و
الزبيب وقال بعضهم في شرحه اراد بقوله ومن سكر من النبيذ الذي غلا واشتد قلت
لا يحتاج الى هذه التفسير لان ذلك علم من قوله سكر لان السكر لا يحصل قبل الغليان
والاشتداد قوله وتبين الكلام في حد السكر ومقدار حده اى بعد تمسة خطوط قوله
ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقياها وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه
يجوز ان يشربها مكرها او بو خوفي حلقه مكرها فلا يعتبر بو الرائحة الخمر مالم يعلم
الشرب عن طوع وعلل صاحب الهداية بقوله لان الرائحة محتمل يرد عليه الاشكال
لانه قال قبل هذا والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فيقطع الاحتمال وههنا عكس
وتكلف بعضهم في توجيه ذلك فقال الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد
الاستدلال على وجه الاستقصا ولقايل ان يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال
على الوجه المذكور فاذا استدل على ذلك الوجه في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة
لا محالة فينبغي ان يحد لكن لم يقل به احد لجواز قصور الاكراه وقال ايضا والتمييز
ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لا يعاينه وفيه نظر لان من عاين الشرب يعني
الامر على عيان ويقينه لا على الاستدلال وتخمين وصاحب الهداية اثبت التمييز في صورة
الاستدلال لا في صورة العيان فقد ادله كلام هذه الشارح عن كلامه فرسخا قوله ولا
يحد السكران حتى يعلم سكره من النبيذ وشربه طوعا وهذا لفظ القدوري في شرحه وعلل
صاحب الهداية بقوله لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وقال في
شرح الطحاوي ما يتخذ من الحنطة والشعير والدخن والاجاص والشهد ونحوها
وان اشتد فهو حلال عند ابي حنيفة وابي يوسف ويجوز بيعه ولا يحد شاربه
وان سكر وعند محمد ما اسكر كثيره فقليله حرام السندة مكروه وقال في الجامع الصغير
في كتاب الاشربة وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به اى ما سوى الخمر ونبيذ التمر
والمنصف والزبيب والباذق وقد قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير

وهذا

وهذا نص على ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال في قول ابي حنيفة
حتى ان الحد لا يجب وان سكر منه وروى عن محمد ان ذلك حرام يجب الحد بالسكر منه و
كذلك السكران اذا طلق امراته لم يقع عند ابي حنيفة بمنزلة طلاق النائم والمغمى عليه
وعند محمد يقع بمنزلة طلاق السكران من الاشربة المحرمة ثم قال فخر الاسلام والذي
ذكرناه عن ابي حنيفة انه مطلق والسكر منه عنده بمنزلة البنج ولبن الرماك انه يمنع من
وقوع الطلاق والعتاق والبيع والاقرار بالاجماع فهذا كذلك قال في المحيط ذكر عبد
العزيز الترمذي سالت ابا حنيفة وسفين عن رجل يشرب البنج فارتفع الى راسه
فطلق امراته قال ان كان حين شرب فعلم انه ما هو فهي طالق وان لم يعلم لا تطلق
ولو ذهب عقله من دوا لا تطلق كذا في خلاصة الفتاوى في كتاب الطلاق وذكر
شمس الائمة السرخسي في اثناء الكلام ان لبن الرماك مباح كالبنج وقال في الاشربة من الجامع
وشرب البنج للتداوي لا باس به فان ذهب به عقله لم يحد وان كان سكر منه لم يحد
عندهما خلافا لمحمد ثم اجمعوا انه اذا شرب الخمر يحد بشرب قطرة منها وان شرب النبيذ او
الباذق وهو المطبوخ ادنى طبخة او شرب المنصف وهو الذي ذهب نصفه بالطبخ
لا يحد مالم يسكر من ذلك طوعا لان حرمة الخمر قطعية وحرمة هذه الاشيا اجتهادية شرب
حيث يحل شرب النبيذ مالم يبلغ حد السكر اذا لم يكن عن لهو وطرب قال ابو علي قول
ابي حنيفة وابي يوسف ويحل شرب الباذق والمنصف على قول الاوزاعي اما اذا شرب
غير ذلك مما يتخذ من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والارز من الاشربة كالعسل
فلا يحد وان سكر لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين واشار
الى الكرمة والنخلة واراد بيان الحكم بيانه ان الاشيا كانت مباحة في الاصل ما تبين
حرمتها لقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا فاذا كان كذلك توقف الحرمة
على وجود دليلها في الاشياء المذكورة فبقيت على اصل الاباحة وباقي الكلام سوف
يجي في كتاب الاشربة ان شاء الله تعالى فلما لم يكن الحد في هذه الاشيا لم يحد السكران
حتى يعلم انه سكر من النبيذ طوعا لانه لا يحتمل انه شرب من تلك الاشيا او شرب من
النبيذ كرها فسكر فوقع الشك والحد لا يوجب بالشك فلا يحد هذا شرط العلم قوله
ولا يحد حتى يزول عنه السكر هذا لفظ القدوري اعلم ان السكران لا يحد مالم يصح

لان المقصود من الحد الانزجار ولا يحصل الانزجار اذا حد في حال السكر لعدم الاحساس
بالم الحد يؤيده ما روى عن عمر انه حبس سكران حتى صحى فلما صحى حده قوله وحد الخمر والسكر ثمانون
سوطا وهذا لفظ القدوري في مختصره والسكر بضم السين وسكون الكاف كذا في الصحاح
اي حد كل كيف ما شربها قليلا او كثيرا بعد ان كان خليطا فان حرمتها قطعية يجب الحد بشرب
قطرة منها بلا اشتراط السكر وحد السكر في غير الخمر لا يجب الحد ما لم يسكر لان حرمته اجتهادية
اعلم ان حد الحر عندنا ثمانون سوطا وهو مذهب مالك واحمد وقال الشافعي اربعون
جلدة ولو ضرب فرسا من ذلك بالنعال واطراف الثياب كفى على اصح الوجهين ولو راى
الامام ان يجلد ثمانين جاز له ما روى في السنن مسندا الى حضين ابن المنذر
الرقاشي قال شهدت عثمان ابن عفان واتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل
اخر فشهد انه راه شربها يعني الخمر وشهد اخر انه يتقياها فقال عثمان انه لم يتقياها
حتى شربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال علي للحسن اقم عليه الحد فقال ول حارها من
تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلده وعلي يعد
فلما بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وجلد ابو بكر اربعين
وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي ولنا ما روى في الجامع الترمذي مسندا الى ابي سعيد
الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب الحد بنعلين في الخمر بيانه ان كل نعل يقوم مقام
سوط فيكون الاربعون ثمانين وروى في الجامع الترمذي ايضا مسندا الى قتادة
يحدث عن انس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اتي برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدة
بيانه لما كان الضرب بجريدتين كان الاربعون ثمانين والجريد سعف النخل عند اهل
الحجاز والجواب عما رواه الشافعي ان اهل الحديث قالوا انه لا يصح عن علي ولم ينقل علي من ذلك
شيئا الا ترى مالك حدث في الموطا عن ثور ابن زيد الديلي ان عمر ابن الخطاب استشار
في الخمر يشربها الرجل فقال علي ابن ابي طالب نرى ان يجلد الحد ثمانين فانه اذا شرب
سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى فجلد عمر في الخمر ثمانين وحدث البخاري ايضا في
الصحيح باسناده الى عمير بن سعيد النخعي قال سمعت علي ابن ابي طالب يقول ما كنت لاقيم
حدا على احد فيموت فاجد في نفسي الا صاحب الخمر فانه لو مات وديته وذلك لان
رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وحدث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى

عمر ابن

عمر ابن سعيد ايضا عن علي قال ما حددت احدا حدا فمات فوجدت في نفسي شيئا
الا الخمر فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسن فيه شيئا وحدث الطحاوي في
حديث اخر باسناده الى عمر ابن سعيد النخعي ايضا قال قال علي من شرب الخمر فجلدناه
فمات وديناه لانه شيء صنعناه وحدث الطحاوي ايضا في شرح الاثار باسناده الى
انه قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترين ثمانون فدلت هذه الاحاديث
كلها ان ذلك الحديث لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه لو كان عند علي
شيء مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقل برايه ولم يقل لم يسن رسول الله
صلى الله عليه وسلم فيه شيئا ولم يقل شيء صنعناه ومما يدل على ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم لم يوقت في حد الخمر شيئا ما حدث البخاري في الصحيح مسندا الى ابي هريرة
قال اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب قال اضربوه قال ابو هريرة فمنا
الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض
القوم اخزاك الله قال عليه الصلاة والسلام لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه
الشيطان وحدث ايضا فيه مسندا الى السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرة ابي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه
بايدينا ونعالنا وارديتنا حتى كان اخر امرة عمر فجلد اربعين حتى اذا عتوا وفسقوا
جلد ثمانين ولا شك ان عمر جلد ثمانين بحضرة اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم فلم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فهذا معنى قول صاحب الهداية لاجماع
الصحابة ومعنى قوله ول حارها من تولى قارها اي ول شدتها من تولى هنيها كذا
قال الاصمعي يضرب مثلا في وضع الشيء موضعه الذي يستحقه فان قلت ما حكم
الخمر اذا شربها واحد اربع مرات فهل يجب القتل للحديث الذي روي في السنن
عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر
فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه فان عاد الرابعة فاقتلوه قلت ذلك قول محمول على
التهديد والسياسة بدليل ما روي في السنن ايضا عن عبد الله ابن مسعود قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ان لا اله الا الله واني رسول
الله الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق

للجماعة وشرب الخمر ليس من هذه الثلاث فلم يجب القتل توفيقا بين الحديثين قوله ويفرق
على بدنه كما في حد الزنا اي يفرق السوط على بدن شارب الخمر ولا يضرب على موضع واحد
كما يفرق على بدن الزاني ويعطى كل عضو حظه من الضرب ما خلا الوجه والراس و
الفرج في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اخرا يضرب الراس ايضا وانما يفرق الضرب
لان الحد يراد به الطهرة من الذنب وجميع الاعضاء يحتاج الى التطهير بخلاف الاشياء
المستثناه فان الضرب على الوجه يورث المثلة وهي منهية والضرب على الراس والفرج
يخاف منه الهلاك والحد زاجر لا متلف وقد استقصينا بيان ذلك في فصل كيفية الحدود
اقامته فينظر ثمة وقوله على ما امر اشارة الى ذلك الفصل قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية
اعلم ان المحدود يجرد من ثيابه في جميع الحدود والتعزير الا الازار احترازا من كشف العورة
الا في حد القذف فانه يضرب وعليه الثياب الا الحشو والفرو فان ذلك ينزع وسيجي بيانه
في بابه ان شاء الله تعالى وروى عن محمد في غير ظاهر الرواية ان شارب الخمر لا يجرد من ثيابه
لعدم ورود النص بذلك وهو الاصح فعلى وجه الظاهر ان التخفيف في حد الشرب
حصل مرة بنقصان العدد من جلد الزنا وهو المائة فلا تخفيف ثانيا بترك التجريد وقال
بعضهم في شرحه في بيان قوله لانه لم يرد به الشرع اي نص قاطع فيه نظر لانه لا حاجة
الى التقييد بالقطع لانه لم يرد بالتجريد نص اصلا في كتب الحديث وقال ايضا دليل
كل واحد من الزنا والشرب قطعي فيه نظر ايضا لان قوله تعالى الزانية والزاني مخصوص
منه المكره والصبي والمجنون والمستأمن ايضا على مذهب ابي حنيفة ومحمد فلم يبق قطعيا القطع
بعد التخصيص وكذلك في حد الشرب هو لا مخصوص منه المريض ايضا ومن يخاف على
نفسه العطش ايضا مخصوص قوله وان كان عبدا فحده اربعون هذا لفظ القدوري اي
ان كان شارب الخمر ومن سكر من الاشربة المحرمة والمثلث عبدا فحده اربعون لان حد الحر
ثمانون وحد العبد على النصف من ذلك فيكون اربعين وهذا لان الرق منصف وقد
مر بيانه في فصل كيفية اقامة الحد وقد روى مالك في الموطأ عن عمر بن الخطاب وعثمان
بن عفان وعبد الله قالوا حد العبد نصف حد الحر في الخمر وحدث مالك عن ابن شهاب الزهري
انه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغنا ان عليه نصف حد الحر في الخمر قوله على ما عرف اي
في اصول الفقه قوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد وهذا لفظ القدوري في

مختصره

مختصره والسكر بفتحتين هو نقيع التمر اذا غلا لم يطبخ هكذا فسره الناطفي في الاجناس
وقال في الجمهرة السكر كل شراب اسكر وقال في ديوان الادب السكر خمر النبيذ وقال في
المجمل السكر شراب وقال في المغرب السكر عصير الرطب اذا اشتد وقال المفسرون
في قوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا انه الخمر ونزل قبل تحريم الخمر كذا قال الزجاج
والقتبي وقال ابو عبيدة السكر الطعم قال القتبي لست اعرف هذا في التفسير والزجاج
استدل لذلك بقول الشاعر جعلت اعراض الكرام سكرا اي جعلت ذمهم طعما لك
ورزقا حسنا يعني التمر والزبيب والمراد هنا ما قاله الناطفي وانما خصه بالذكر
والحكم في سائر الاشربة المحرمة كذلك حيث يجب الحد لانه الغالب في بلادهم ولا يروى
السكر بضم السين لان شرب السكر محال اللهم الا اذا قيل انه معطوف على الشرب لا على
الخمر على معنى انه اقر بشرب الخمر واقر بالسكر فذلك صحيح من حيث العربية لكن السماع لم يقع
على الاول ولان الاقرار بالسكر لا يخلو اما ان يكون بعد زوال السكر او حال السكر فا
لاول لا يجوز للتقادم والثاني لا يجوز ايضا لان السكران لا يحد باقراره وهي مسئلة اخر
الباب ثم انما صح الرجوع بعد الاقرار بشرب الخمر والسكر لانه لا مكذب له في الرجوع لان
حد الشرب خالص حق الله تعالى فصار كالرجوع في الاقرار وقد مر بيان ذلك قبيل فصل كيفية الحد
واقامته قوله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا
لفظ القدوري وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين
في مجلسين اعتبارا لعدد الاقرار بعدد الشهود كما في الاقرار بالزنا ولنا ان الشرب يظهر
باقراره مرة واحدة فلا حاجة الى التكرار كما في القصاص وحد القذف والديون وتكرار الاقرار
في الزنا يثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قوله سنبينها هناك ان شاء الله تعالى
اي سنبين هذه المسئلة في السرقة قوله ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال وهذا
لفظ القدوري في مختصره وعلل صاحب الهداية بقوله لان فيها شبهة البدلية من رجالكم
وتهمة الضلال والنسيان بيانه ان الله تعالى قال في اية المداينة واستشهدوا شهيدين
من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما
فتذكر احداهما الاخرى من رجالكم من اهل ملتكم فان لم يكونا اي يكن الشاهدان رجلين
فالذي يستشهد رجل وامرأتان ممن ترضون مذاهبهم من اجل ان تضل احداهما الشهادة
اي تنسى فتذكرها الاخرى ومنه قوله تعالى خبرا عن موسى فعلتها اذا وانا من الضالين

اى سهو الناسيين فثبت ان فى شهادتهن البدلية والنسيان فصارت البدلية والنسيان شبهة
فلم تسمع شهادتهن فى باب الحدود لشبهة البدلية لان الحدود تندرئ بالشبهات كالشهادة
على الشهادة لا تسمع فى باب الحدود لكونها بدلا فكذا هنا يؤيده ما روى عن الزهرى انه قال
مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده ان لا شهادة للنساء
فى باب الحدود والقصاص قوله والسكران الذى يحد هو الذى لا يعقل منطقا قليلا
ولا كثيرا ولا يعقل الرجل والمراة وهذه مسئلة الجامع الصغير وقد رواها ابو يوسف
عن ابى حنيفة وهو قول ابى حنيفة وقال فى كتاب الاشربة اذا كان كلامه كلاما مختلطا لانهم
منطقا لا كلاما ولا جوابا وهو قولهما قال الفقيه ابو الليث وهذا قريب من ذلك والمراد
من اختلاط كلامه ان يهذى ويكون كلامه غير مستقيم مرة ومستقيما اخرى والمراد من قوله
لا يفهم منطقا ولا كلاما ان لا يفهم حالة الهذيان لانه اذا لم يفهم ولا يعقل اصلا
يكون قولهما كقوله ولا يبقى خلاف لهما الاعتبار بالعرف والعادة فان الشارب
اذا جعل يهذى يسمى السكران ولابى حنيفة ان فى اسباب الحدود يعتبر اقصى غاياتها درءا
للحد الا ترى ان فى الزنا تعتبر الغاية كالميل فى المكحلة وفى السرقة تعتبر الاخذ من
الحرز التام فكذا هنا اعتبر غايات السكر وهو ان يبلغ مبلغا لا يعرف الارض من
السماء والرجل من المراة واذا لم يبلغ هذا المبلغ فى غير الخمر من ساير الاشربة المحرمة لا يحد
لان السكر ناقص وفى النقصان شبهة العدم بخلاف الحرمة لا يشترط فيها السكر اصلا لان حرمتها
قطعية لا اجتهادية والمبلغ فى السكر فى حق الحرمة هو الذى قالاه بالاتفاق احتياطا
واجتنابا عن الوقوع فى الحرمة وروى بشر بن الوليد رح قال يؤمر بقراءة قل يا ايها الكافرون
فان عجز فهو السكران قال بشر قلت لابى يوسف كيف امر بقراءة هذه السورة من بين السور
وربما يغلط فيها العاقل قال لان الله تعالى بين ان الذى عجز عن قراءة هذه السورة على
ما نزلت فنزل قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى فثبت انه
اذا عجز عن قراءة هذه السورة عرف انه سكران كذا ذكر الفقيه ابو الليث يدل عليه ما
حدث ابو عيسى الترمذى فى جامعه باسناده الى عبد الرحمن السلمى عن على ابن ابى طالب
قال صنع لنا عبد الرحمن ابن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا
وحضرت الصلاة فقدمونى فقرات قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون ونحن

نعبد

نعبد ما تعبدون قال فانزل الله عز وجل يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى
قوله ما قاله بالاجماع اشارة الى قوله وقالا هو الذى يهذى ويخلط كلامه قوله والشافعى
يعتبر ظهور اثره فى مشيته وحركاته واطرافه وصاحب الهداية فكذا فى هذا الكلام
فخر الاسلام البزدوى لانه قال فى شرح الجامع الصغير قال الشافعى اذا ظهر اثره فى
فى المشية والاطراف والحركات فهو السكر ولنا فيه نظر لان الشافعى يوجب الحد فى شرب النبيذ
المسكر جنسه وان قل وهو المذكور فى كتبهم ولا يعتبر السكر اصلا قوله وهذا مما
يتفاوت اى الذى قاله الشافعى على تقدير صحة الرواية عنه مما يتفاوت لانه كم
صاح يتمايل ويزلق فى مشيه وكم من سكران يكون بين العقل فيكون امر الاثبات له
ان كما قاله قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه وهذه من مسايل الجامع الصغير
اعلم ان السكران اذا اقر على نفسه بشيء من الحدود لا يؤاخذ به الا حد القذف والخالصة
لله تعالى نحو حد الزنا والشرب والسرقة لا يؤاخذ بما اقر ولا يحد لان كلامه هذيان يحتمل
الكذب ومع احتمال الكذب لا يحد لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها الا انه يضمن
المسروق لانه حق العبد ولو اقر بما فيه حق العبد كحد القذف او اقر بقصاص على نفسه
او بطلاق او بعتاق صح اقراره الا انه يحد حد القذف اذا صحا وهذا لانه يؤاخذ بحقوق
العباد وفى حد القذف حق العبد وهذا لا يبطل التقادم ولا يصح الرجوع بعد الاقرار
ولا تقادم بل بدون دعوى المقذوف قوله والسكران فيه كالصاحى اى فى حق العبد قوله
كما فى ساير تصرفاته الضمير راجع الى السكران يعنى ان السكران يجعل فى حق العبد وهو
حد القذف كالصاحى كما يجعل كذلك فى ساير تصرفاته من الاقرار بالمال والطلاق و
العتاق قوله ولو ارتد السكران لا يبين منه امراته قال الحاكم فى الكافى وردة السكران
ليس بشيء استحسانا كذا ذكر فى الشامل ايضا فى نسخ المبسوط وذلك لان بعض الصحابة
قرا قل يا ايها الكافرون بخلاف ما نزلت حالة السكر قبل تحريم الخمر ولم يكن ذلك منه كفرا ولان
من باب الاعتقادات والسكران لا يعتقد ما يقول لان كلامه هذيان لا قرار له فلا يكون
كافرا بدون الاعتقاد كالمكره على الكفر والله اعلم باب حد القذف قد ذكر وجه المناسبة
فى اول باب حد الشرب قوله اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا
وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا وهذا اللفظ للقدورى

في مختصره وهذه المسئلة تشتمل على قيود الاول وجوب الحد بقذف المحصن او المحصنة
والاصل فيه ما قال في شرح الطحاوي ان من قذف احدا بفعل يوجب الحد على المقذوف
عليه لو ظهر ذلك منه فاذا لم يظهر ذلك تولى القاذف رجلا او امراة بعد ان يكون
من اهل العقوبة وان لم يكن من اهل العقوبة فلا حد عليه كالصبي والمجنون وان لم يكن
موجبا للحد على المقذوف لو ظهر ذلك فلا يجب الحد على القاذف فوجب التعزير و
ذلك لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين
جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا اولئك هم الفاسقون ولما روى صاحب السنن وغيره
مسندا الى ابن عباس ان هلال بن امية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم
بشريك بن سحماء فقال النبي صلى الله عليه وسلم البينة او حد في ظهرك وفي رواية
والا فحد في ظهرك والثاني وجب الحد بالقذف بصريح الزنا بان قال للمحصن يا زاني
او للمحصنة او قال يا ولد الزنا او يا ابن الزنا او لست لابيك وامه حرة مسلمة وذلك
لان المراد من الرمي في اية القذف بالزنا لا يعتبر بدلالة اربعة شهداء الا في الزنا ليشترط
في الزنا لا في غيره والثالث مطالبة المقذوف لان الحد انما يجب على القاذف دفعا
للشين الذي يلحقه بقذف القاذف فاذا لم يطالب المقذوف فقد ترك حقه فلا
يستوفى الحد والرابع تقدير الحد ثمانين في الحر لان ذلك منصوص في الاية والخامس
الحرية لان القاذف اذا كان عبدا فحده اربعون وهو مذهب مالك والشافعي
واحمد وذلك لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولان الرق
منصف على ما مر بيانه في فصل كيفية الحد واقامته وحدث مالك باسناده الى
عبد الله بن ربيعة فقال ادركت عمر ابن الخطاب وعثمان ابن عفان والخلفاء
هلم جرا ما رايت احدا جلد عبدا في فرية اكثر من اربعين وقد روى ابن مسعود
والاوزاعي انه يجلد ثمانين وذلك ضعيف لقوله عليه الصلاة والسلام عليكم
بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي وقد عرفت ان سنة الخلفاء بخلاف
ذلك والاخذ بها اولى **قوله** اشارة اليه اي الرمي بالزنا **قوله** واحصان المقذوف
لا يشترط لما يكون اشارة الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات **قوله** قال بعض
على اعضائه ما خلا الوجه والراس والفرج لما مر في حد الزنا ان الجمع في عضو واحد

قد

قد يفضي الى التلف **قوله** ولا يجرد من ثيابه هذا لفظ القدوري ايضا اي لا يجرد القاذف
عن ثيابه لان سببه اي سبب الحد هو القذف غير مقطوع به لاحتمال كون القاذف
صادقا صادقا في القذف في الواقع وان كان عاجزا عن اقامة البينة على ما قذف
لاشتراط امور في الشهادة على زنا المقذوف فلا يتهيأ للشهود تحقق ذلك عند القاضي
فلما كان في القذف احتمال الصدق لم يجرد ثيابه طلبا للخفة في اقامة الحد وهو معنى
قوله فلا يقام على الشدة بخلاف ساير الحدود فان اسبابها مقطوع بها الثبوت بالبينة
او الاقرار فيجرد الذي يقام عليه الحد الا الازار توقيا عن كشف العورة فيقام على
الشدة الا شارب الخمر فانه لا يجرد على ما وقع عليه اختيار المتقدمين والتجرد
بذلك وقد مر بيانه في بابه ثم اذا لم يجرد القاذف ينزع عنه الحشو والفرو حتى يحصل
المقصود من الحد وهو الزجر باتصال الالم بالمحدود **قوله** وان كان القاذف عبدا
جلد اربعين سوطا وهذا ايضا من مسايل القدوري بيانه انفا **قوله** والاحصان
ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا هذا لفظ القدوري
في مختصره اعلم ان المقذوف اذا لم يكن محصنا لا يجب على قاذفه الحد وانما يجب اذا كان
محصنا وشرايط احصان القذف خمسة الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والعفة
عن فعل الزنا اما اشتراط الحرية فلان الله تعالى اراد بقوله فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب الحراير الا ان ما دل على ان الرقيق ليس بمحصن واما اشتراط العقل و
البلوغ فلان حد القذف لدفع العار والشين عن المقذوف والمجنون والصبي لا يعتبر
فعلهما زنا لرفع القلم فلا عار ولا يلحق بسبب القذف بالزنا واما الاسلام فلما روى
اصحابنا في كتبهم عن النبي صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن فلما لم يكن
الكافر محصنا على الحديث لم يحد قاذفه ولان الله تعالى اوجب الحد ورد على المحصنات
في قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واما اشتراط العفة عن فعل الزنا فلان
شريعة هذا الحد لدفع لحاق الشين ورفعه وغير العفيف لا يلحقه الشين بنسبته
الى الزنا فلا يحد قاذفه ولان القاذف يحد على قرينة لا على صدقه والقاذف هنا صادق
فلا يحد قال في شرح الطحاوي وشرايطه خمسة وهو ان يكون حرا بالغا عاقلا فان كان
زنى مرة سقطت عفته ولو وطيها في الملك الا انه يحرم كما لو تزوج امرأة كانت الحرمة

موقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطي امراة في حالة الحيض او اشترى امراة مجوسية
فوطيها لا يسقط احصانه وان كانت الحرمة مؤبدة يسقط احصانه كما اذا وطي
امته وهي اخته من الرضاع ولو لمس امراة بشهوة ثم تزوج اختها ودخل بها او تزوج
امها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط احصانه ولو وطي امراته بالنكاح
ثم تزوج اختها ودخل بها سقط احصانه ولو وطي امراته بالنكاح ثم تزوج ابنتها
ودخل بها سقط احصانه الى هنا لفظه والمام يسقط احصانه حتى يحد قاذفه
عند ابي حنيفة لان كثيرا من الفقها لا يحرمون بهذا ويعتبرون النكاح الصحيح قوله ومن
نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد هذا لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم
الشهيد في الكافي وان قال لرجل يا ولد الزنا او يا ابن الزنا او لست لابيك فانه يحد هذا
لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال لرجل يا ولد الزنا او يا ابن
الزنا او لست لابيك وامه مسلمة حرة فعليه الحد ثم قال بلغنا عن عبد الله ابن مسعود
بانه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل عن ابيه اعلم انه قال يا ولد الزنا ام يا ابن
الزنا فقد نسب امه الى الزنا لان معناه امك زانية او زنت فولدت منها بالزنا وكذلك
معنى قوله لست لابيك امك زانية او زنت فولدتك بالزنا فلما كان هذا في الحقيقة قذفا
للام اشترط ان تكون الام محصنة حتى القاذف والا فلا وهذا معنى قوله هذا اذا كانت
امه حرة مسلمة ولكن كان ينبغي ان يقول اذا كانت امه محصنة ليشمل على جميع شرايط
الاحصان فان كانت الام ميتة محصنة ثبت حق المطالبة لمن يتناوله هذا القذف
كالوالد وان علا والولد وان سفل فان قلت انه لا يجب الحد على القاذف بقوله لست لابيك
لان هذا اللفظ المتشبهة لانه يجوز ان يراد به لست لابيك لان امك وطيت بشبهة او
بنكاح فاسد ولا حد على من قذف من وطي بشبهة او بنكاح فاسد لانه سقط احصان
الواطي بذلك قلت انما وجبت الحد لان الامة اجمعت على صحة هذا القذف ووجوب
الحد به لان الشيء المالوف في عادات الناس نفي النسب بالزنا لا نفيه من الوطي بشبهة او نحوه
فثبت ان معنى قوله لست لابيك امك زانية فيحد القاذف اذا كانت هي محصنة وهذا معنى
قوله لان النسب انما ينفي عن غيره يعني ان القاذف قصد قطع النسب في قوله لست لابيك
والنسب ليس بمقطوع في الوطي بشبهة او بنكاح فاسد بل اراد به الزنا لان النسب يقطع

عن الزاني لا عن غيره فكانه قال لست لابيك الذي ولدت من مايه حقيقة لانك
مقطوع النسب منه شرعا لانه زنا بامك ولا نسب الى الزاني لان الولد للفراش وللعاهر
الحجر فلما كان الواطي بامه الذي هو ابوه حقيقة لا شرعا زانيا كانت امه زانية بهذا الكلام
القاذف فيكون قذفا للام فيحد ان كانت محصنة لكن يشترط ان يكون قوله لست لابيك
على سبيل الغضب والسباب وان كان في غير غضب فلا حد بدليل المسالة التي تلي
هذه وانما استقصينا في حل المسالة لان تعليل صاحب الهداية كان يحتاج الى هذه
الجزء التفصيل ولا يفهم من قليل التامل قيد بقوله لست لابيك لانه اذا قال لست لامك
لا يحد به وصرح في التحفة وذاك لانه صادق لان النسب الى الاباء لا الى الامهات قوله
ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب
لا يحد والتقييد بالغضب من خواص الجامع الصغير وفي الشرح اليه اي ينسب اليه بدعى
وهذا الماوردي قبل هذا عن عبد الله ابن مسعود انه قال لا حد الا في محصنة او
نفي رجل عن ابيه لكن في حالة الغضب والسباب يتعين القذف فيصير قاذفا لامه
فيجب الحد في غير حالة الغضب يحتمل ان يراد به المعاينة والملامة اي لا يشبه
اخلاقك اخلاق ابيك ومع الاحتمال لا يجب الحد لتمكن الشبهة قوله يراد به حقيقته
اي يراد بقوله لست بابن فلان حقيقة وهي نفيه عن ابيه سبا له اي شتما له قوله ولو قال
لست بابن فلان يعني جده لم يحد وهذه من مسايل الجامع الصغير العادة اعلم
انه اذا نسبه الى جده او نفاه عنه لا يحد اما في النسب اليه فلان الجد يسمى ابا بالمجاز واما
في نفيه منه فلانه صادق في المقالة لانه ليس بابيه على الحقيقة ورباني المجاز يحتمل الصدق ولا حد
على الصدق قوله ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحد
القاذف وهذه مسالة القدوري وانما قيد بكون الام محصنة لان الحد لا يجب على
قاذف غير محصن لان الله تعالى شرط الاحصان في الاية ثم الاحصان يثبت باقرار القاذف
او بالبينة والبينة رجلان او رجل وامراتان عندنا خلافا لزفر فانه يشترط رجلين
وقد مر بيانه قبيل باب حد الشرب فان انكر القاذف وعجز المقذوف عن البينة يحلف
يستحلف القاذف فان نكل قوله لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يثبت احصانها
بالظاهر وانما كان المطالبة بالحد الى الابن لان القذف بعد الموت الحق الشين بالابن

فكان حق المطالبة اليه لدفع العار عن نفسه قوله ولا يطالب بحد القذف الا
من نقع القذف بنفسه وهو الوالد والولد وهذه مسئلة القدوري وفي الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقذف الرجل وهو ميت قال لا يواخذ بالحد الا
الولد والوالد قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير يعني الوالدة الجد وان علا
والولد ولد الولد وان سفل وذلك لان الجد يسمى ابا وولد الولد يسمى ابنا وليس للاخ
والاخت والعم ان ياخذوا بالحد وعند الشافعي تثبت المطالبة لكل وارث لان
حد القذف للميت بطريق الارث عنده وسيجي بعد هذا عن قريب ان شاء الله تعالى
وعندنا يثبت حق المطالبة لمن يقع القدح في النسبة بطريق الاصالة كان
هو المقذوف لا بطريق الارث لان حد القذف لدفع العار والعار انما يتصل
بالحي بقذف الميت اذا كان بينهما جزئية كالوالد والولد والا فلا ولهذا صار الولد
والوالد بمنزلة شي واحد حيث لا يجوز شهادة احدهما للاخر بخلاف شهادة الاخ
وبالعكس فانها جائزة ولهذا اقتصرت حرمة المصاهرة على قرابة الولاد دون
سائر الاقارب فلما كان حق المطالبة بطريق الاصالة لقرابة الولاد كان الوارث
وغير الوارث وكذا الاقرب والابعد سواء الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ولو
قذف بنتا وجب الحد على القاذف وللوالدين والمولودين ان يخاصموا سواء كان الولد
والوالد وارثا او لم يكن ولا يعتبر في ذلك الاقرب فالاقرب والابعد سواء في ذلك وان عفا بعضهم
فللباقين ان يخاصموا لان النقيصة تلحق بهم فاول ما وجب الحق وجب لهم الا
اذا كان القاذف هو الوالد فقذف امرأته وهي ميتة فليس للولد ان يخاصم اباه
ولا للعبد ان يخاصم مولاه وقال في الفتاوى الولوالجي يجوز للابعد من الولد ان
يطالب مع قيام الاقرب فيكون لابن الابن ان يطالب وان كان ابوه حيا لان
القذف يتناول الكل معنى فصاروا سواء وعند ابن ابي ليلى ياخذ الاخ والاخت ايضا
بالحد وقال ابن ابي ليلى والغائب بمنزلة الميت فان مات قبل ان يرجع فاخذوا
به ايضا وان رجع فقدمه الى الحاكم وضرب القاذف بعض الحد ثم غاب لم يتم الا
وهو حاضر الى هنا لفظ الحاكم وانما لم يتم الا وهو حاضر لان المطالبة شرط في
كله قوله يقع القدح اي الطعن والولد قوله لان العار يلتحق به اي بكل واحد من

الوالد

الوالد والولد قوله معناه ولاية اي لكل واحد من الوالد والولد قوله على ما نبين اي
عند قوله ومن قذف ومات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل قوله
لما ذكرنا اشارة الى قوله لان العار يلتحق به قوله ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن
الميراث بالقتل اشارة الى قوله بطريق الارث ايضاحا له اي لهذا المعنى الذي قلنا
وهو ان ولاية المطالبة بالحد لا بطريق الارث تثبت المطالبة بالحد لمن حرم الميراث
بقتله وكذا يثبت المطالبة في ظاهر الرواية لولد البنت وان لم يكن وارثا لانه
من ذوي الارحام كما يثبت لولد البنت حق المطالبة لانه مرفوع الجزئية وكذا يثبت
المطالبة لابن الابن مع وجود الابن عندنا خلافا لزفر حتى اذا عفى الابن لا
يسقط حق ابن الابن وهذه من مسائل الثلاثة اوردها ايضاحا للمعنى في كل
واحد وهو ان ثبوت المطالبة لدفع العار عمن يتصل به العار بسبب الجزئية بطريق
الاصالة لا بطريق الارث قوله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد
ان يطالب بالحد وهذا لفظ القدوري وهذا اذا كان المقذوف ميتا لانه اذا كان
حيا ليس للابن ان يطالب بالحد وان كان المقذوف والدا ولم يقيده القدوري با
لميت لانه ساق كلامه في قذف الميت قبل هذا حيث ذكر ولا يطالب بحد القذف
للميت الا من يقع القدح في نسبه ثم اعلم ان الولد الكافر او المملوك له ان يطالب
بالحد كما اذا قذف امرأة ميتة مسلمة لها ابن نصراني او مملوك وقال زفر ليس له
ان يطالب بالحد لان القذف تناول الابن من حيث المعنى لانه لحقه العار من
قذف الميت فلو تناول قذف الابن صورة ومعنى بان قذفه انسان بالزنا
ابتداء لا يجب الحد لعدم الاحصان لكفره او رقه لكنا اعتبرنا ان القذف
انما يوجب الحد اذا كان قذف المحصن او المحصنة وقد وجد الشرط فيجب الحد
ولا خلل في المطالبة لوقوع القدح لان ولاية المطالبة لوقوع القدح في النسب
وبالكفر لا ينقطع النسب بخلاف ما قاس عليه لان ثمة لم يوجد شرط وجوب
الحد لعدم الاحصان فيفسد القياس ولهذا قال في شرح الطحاوي لو كانت
المقذوفة امرأة نصرانية او مملوكة ولها ولد مسلم لم يكن على قاذفها
الحد لانه ما قذف المحصنة قوله ولنا انه عيره اي ان القاذف عير الابن الكافر

او المملوك وهو بالعين المهملة يقال عيره اذا رماه بالعار بالعار **قوله** وليس للعبد
ان يطالب مولاه بقذف امه الى وهذا لفظ القدورى صورته قذف عبده
وللعبد ام ميتة محصنة وذلك لان المولى لا يواخذ بعبده فى سائر الحقوق ولهذا اذا
قتله لا يقتل به وكذا لا يحد بعبده وعلى هذا قالوا ليس للولد ان المطالبة بالحد
اذا كان القاذف اباه او جده وان علا وامه او جدته وان علت كذا قال الشيخ ابو نصر
يؤيده ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا سيد بعبده
وكذلك ان قذف نفس الولد احد من المذكورين لا يجب الحد لان الولد مامور بتعظيم
الابوين وممنوع عن اضرارهما ولهذا نهى عن التافيف والضرر فى الحد اكثر من ضرر
التافيف فيمنع عنه كما يمنع عن التافيف **قوله** لو كان لها اى من غيره له ان يطالب
اى من غير القاذف صورته ما قال الحاكم فى الكافى رجل قال لابنه يا ابن الزانية وامه
ميتة ولها ابن من غيره فجاء يطلب الحد قال يضرب القاذف الحد ووجه ذلك ان
سببه وجوب الحد هو القذف وقيد تحقق لكن المانع عن اقامة الحد فى حق الابن ولم يوجد
المانع فى حق اخيه وهو الابن فيجب الحد اذا طالبه وقال فى الكافى ايضا وكذلك اذا كان
للميت المقذوف ابنان فصدقه احدهما كان للاخر ان ياخذه بالحد وحلل فى الشامل لان
بالتصديق خرج من كونه سببا فى حقه فبقى مستندا فى حق الباقى وقال فى الكافى ايضا وان لم يكن
للمقذوف غير ابن فصدقه فى القذف ثم اراد ان ياخذه ليس له ذلك وقال ايضا وان
كان ابنان احدهما عبد او كافر او كان للعبد اوللكافر ان يطالب بالحد ما خلوا كان او عائبا
قوله ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل الحد وهذه من مسائل الجامع الصغير وعند
الشافعى لا يبطل الحد بموت المقذوف وعلى هذا خلاف اذا مات المقذوف بعد ما
اقيم عليه بعض الحد وذلك ان الارث انما يكون فى المال او فيما يتصل بالمال كالكفالة بالمال
او فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس بمال ولا متصل بالمال ولا منقلب الى
فلا يجرى فيه الارث ويبطل بالموت بخلاف ما اذا قذف الميت بعد الموت حيث يطالب
بالحد لانه يجب الحق للوارث ابتداء بطريق الاحالة لا بطريق الارث وشرح المسئلة
ان يقال فى حد القذف حق الله تعالى وحق العبد بالاتفاق لما ثبت انه شرع نفعه
عاما باخلاء العالم عن الفساد وحق الله تعالى لانه ليس ثمة اذى يختص به ومن حيث

ان فيه

ان فيه صيانة العرض ودفع العار عن المقذوف حق العبد ثم حق الله تعالى لا يجرى فيه
الارث ويجرى فيه التداخل فلا يسقط باسقاط العبد وحق العبد يجرى فيه الارث
ولا يتداخل بقذف الجماعة بكلمة واحدة او بقذف واحد مرارا ويسقط بالعفو
والاسقاط وعندنا لا يورث ويتداخل ولا يصح العفو لان حد القذف لما كان فيه
حقان قلت تغليبا لحق العبد لان العبد يحتاج والله تعالى غنى فرعاية حق العبد صارت
اولى لدفع حاجته ولنا ان المغلب فيه حق الله تعالى لان اخلاء العالم عن الفساد
حق الله تعالى وليس فيه حق العبد وفيها حق الله تعالى ايضا لان فى النفس
حقين حق الاستعباد لله وحق الانتفاع للعبد فاذا كان كذلك كان حق
الله تعالى فى حد القذف من جهتين وحق العبد من جهة فيكون المغلب فيه حق الله
والمرجوح فى مقابلة الراجح كالعدم ثم ان مال العبد للمولى وما للمولى لا يكون للعبد الا
بانابة المولى فدل على ان المغلب حق الله تعالى ومما يدل على ان المغلب حق الله تعالى ان حد
القذف يتنصف بالرق بالاتفاق كحد الزنا يتنصف بالرق فلو كان المغلب حق العبد
لم يتنصف لان حقوق العباد شرعت للجبر ونفع العباد فلا يختلف باختلاف من
يجب عليه كالضمانات وغيرها فلما كان المغلب فيه حق الله تعالى لم يورث ولم يصح
العفو وتداخل فان قلت يرد عليكم خصومة العبد قلت لا نسلم لانا نقول سلمنا انها
شرط فى اقامة الحد لكن لا نسلم انها تدل على ان حق العبد غالب فان قلت يرد عليكم
التقادم فان حد القذف لا يسقط به وحد الزنا يسقط قلت انما سقط حد الزنا
بالتقادم للتهمة وهى منعدمة هنا لتوقف الشهادة على دعوى المقذوف فان قلت
اذا صدقه المقذوف يسقط قلت لا نسلم انه يسقط بعد الوجوب لانه لا ينعقد
القذف حينئذ موجبا للحد وليس كذلك العفو فانه اسقاط بعد الوجوب فان قلت
يرد عليكم القصاص فان فيه حق الله تعالى لان فيه اخلاء العالم عن الفساد وحق
العبد بشفاء الصدر وبه ومع هذا يصح عفو المولى قلت القصاص يجوز ان ينقلب
مالا بالصلح او بدية الابوة والحد لا ينقلب مالا اصلا فظهر الفرق فان قلت
ما ذكرتم تعليل فى مقابلة النص وهو فاسد لانه تعالى قال والذين يرمون المحصنات
الاية ولم يفصل بين اذا مات المقذوف او لم يمت قلت خصومة المقذوف شرط

ثم صيانة العرض حق العبد

بالاجماع فتعذرت بعد الموت فلا يتوب وارثه مقامه بطريق الارث فانه
قلت الارث انما يجري في المال او في معناه كالخيار والحد ليس في معنى المال
ولهذا لا يكون حوله وحمله وقبل ثلثه وسائر صفاته موروثة ويكفيك هذا القدر
ان كنت عاقلا ستبدي لك الايام ما كنت جاهلا قوله ولو مات اي المقذوف قوله
يورث حد القذف عنده اي عند الشافعي قوله ولا خلاف ان فيه اي في حد
القذف حق الله قوله مال الى تغليب حق العبد قال ابن دريد يقال غلبه الرجل على
فلان اذا حكم له بالغلبة قوله لا يصح عفو المقذوف عندنا قال في الشامل في قسم
المبسوط لا يصح عفو المقذوف الا ان يقول لم يقذفني او كذب شهودي لانه
حق الله تعالى الا ان خصومته شرط له قال عند ابي يوسف والشافعي يصح العفو قوله
ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد اراد به صدر الاسلام البزدوي فانه
ذكر في مبسوطه ان المغلب حق العبد وتخرج بما حققنا الفاء بحوث تعالى قال
ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي اطلق محمد في بعض المواضع ان حد القذف
من حقوق الناس واطلق في بعضها انه من حقوق الله تعالى والعبارتان صحيحتان
اما قوله من حقوق الناس فانما اراد ان المطالبة من حقه لما لحقه من الشين بقذفه
وتناوله من عرضه ولو لم يطالب لم يحد وقوله انه من حقوق الله تعالى اراد به نفس الحق
لا المطالبة اذ ليس يمتنع ان يكون الحق لواحد والمطالبة به لآخر كالوكيل بالبيع يطالب
وملك اليمين للآمر وكذلك المشتري اذا كان وكيلا فان قبض العبد اليه والملك للآمر
قلت والاول اظهر اي كون حق الله تعالى مغلبا اظهر من كون حق العبد مغلبا وعلى
الاول عامة المشايخ رحمهم الله قوله ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه وهذه
من مسئلة القدوري اصلها ان الرجوع بعد الاقرار في الحدود الخالصة حقا لله تعالى في
الزنا والشرب يصح لعدم المكذب اما في حد القذف وغيره من الحقوق لا يصح الرجوع
بعد الاقرار لوجود المكذب وهو العبد ولانه حين اقر حق الشين بغيره ثم اذا رجع
يكون ذلك ابطالا او اسقاطا لحق الغير فلا يقبل قوله ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد
وهذا ايضا لفظ القدوري قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال العربي يا نبطي او
لست بعربي فلا حد عليه الا ترى انه لو قال يا رستاقي لم يكن عليه شيء وقال ابن

ابي ليلى

ابي ليلى اذا قال العربي يا نبطي او قال لست من بني فلان لقبيلته التي هو منها فعليه الحد
الى هنا لفظه وجه قوله انه نسبه الى غير ابيه فصار كما قال لست لابيك ولنا انه
القذف ليس يراد به في العرف بهذا اللفظ وانما يراد التشبيه في الاخلاق من حيث الخساسة
والبخل او في عدم الفصاحة وكانه قال انت من حيث البخل كانك نبطي او من حيث عدم
الفصاحة انت مثل النبطي فصار كما اذا قال يا رستاقي قال في شرح الطحاوي ومن قال
لعربي يا نبطي يا عجمي لانه لم يقذفه وانما نسبه الى غير بلده كما اذا قال للبلدي يا رستاقي
قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون سواد العراق قال الفرزدق في هجو طهية هم
نبط من اهل حوران نعصهم ومن اهل عين التمر كانت شطورها ونسل العقبة الوليت
النبطي رجل من غير العرب في كتاب العتاق من شرح الجامع الصغير قوله ومن
قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد
في الكافي وان قال لرجل يا ابن مزيقيا او يا ابن ماء السماء او يا ابن جلا فلا حد عليه
لانه كلام الناس وليس على سبيل القذف وهذا لفظه يعني ان الناس يذكرون هذه
الالفاظ على سبيل المدح لا على سبيل السب فلا حد اما مزيقيا فهو من ملوك غسان
واسمه عمرو بن عامر وهو ماء السماء ابن حارثة الغطريف بن امرئ القيس بن ثعلبة
بن مازن الازد وقد خرج مزيقيا من اليمن حين احسوا السيل العرم وانما سمي
مزيقيا لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويكره ان يلبسهما
غيره واما عامر وهو ابو مزيقيا فانما سمي ماء السماء في القحط اقام ماله مقام المطر
وكان غياثا لقومه مثل ماء السماء للارض وكانت ام المنذر بن امرئ القيس ايضا ماء
السماء لجمالها وحسنها وابوها عوف بن جشم وجفنة ابن مزيقيا وهو الذي ذكر
حسان في قوله ∴ اولاد جفنة حول قبر ابيهم ∴ قبر ابن مارية الكريم المفضل ∴ يسقون
من ورد البريص عليهم ∴ بردى يصفق بالرحيق السلسل ∴ وجفنة هو ثعلبة
العنقاء وسمي العنقاء لطول عنقه ومارية بنت ظالم بن وهب ابن الحرث
ابن معاوية ابو هو ابن كنده وهي التي يضرب بها المثل ويقال خذها ولو بقرطي
مارية وكان يقوم قرطها باربعين الف دينار وكانت اعظم الناس قدرا
واكثر الناس مالا وكان اعظم ما في الكعبة من الجوهر والدر الذي كان لها كذا قال

ابو عمرو والنسابة وابن الكلبي والمبرد والعتبي دخل كلام بعضهم في بعض والبوشخ
موضع بدمشق وليس بالعربي الصحيح وقد تكلمت به العرب قال ابن دريد و
بردى نهر دمشق يصفق يمزج والتسلسل العذب السهل الدخول في الحلق قال
ابن الكلبي غسان اسم ماء ورده لما تفرقوا فغسانه سبيل العرم فمن شرب من ذلك
الماء نسب الى غسان ومن لم يشرب به لم ينسب الى غسان وقال حسان بن ثابت اما سالت
فانا معشر نجب الازد نسبتنا والماء غسان واما ابن جلا فقد قال سيبويه جلا فعل
ماض فكانه يعني انا ابن الذي جلا اوضح وكشف يعني انا المشهور الامر المكشوف
ظاهر لا يخفى قال سحيم :. انا ابن جلا وطلاع الثنايا :. متى اضع العمامة تعرفوني
وقال العجاج :. انا القلاخ بن خباب بن جلا :. ابو خناثير اقود الجملا :. وخناثير دود
هي وخنا شيء ايضا قوله وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف
هذا لفظ القدوري في مختصره الحاصل انه لو قال لآخر انت ابن فلان واراد بفلان
عمه او خاله او زوج امه لا يكون قاذفا ولا يحد لان كل واحد منهم يسمى ابا اما العم
فلان الله تعالى قال ام كنتم شهداء اذ حضر يعقوب الموت قال لبنيه ما تعبدون
من بعدي قالوا نعبد الهك واله ابائك ابراهيم واسمعيل واسحق وكان
اسمعيل عما ليعقوب بن اسحاق عليهم السلام وقد سماه الله تعالى ابا واما الخال
فلقوله تعالى ورفع ابويه على العرش قال في الكشاف قيل عمه ابوه وخالته
امه فتزوجها فلما ان سمى الله اما جاز ان يسمى الخال ابا وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير روي في بعض الاخبار ان الخال والد واما زوج الام فلقوله تعالى ان ابني من
اهلي جاء في احد التاويلين في الكشاف انه كان ربيبا له ولانه زوج الام يقوم عليه
بالتربية فقام الاب مجازا يسمى ابا مجازا فلما صح اطلاق الاب على كل واحد منهم يجب
الحمل بالنسبة اليهم قوله اما الاول اراد به العم قوله عما له اي ليعقوب قوله والثاني اي
الخال والثالث اي زوج الام قوله ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل
حد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل قال لرجل زنأت في الجبل ثم قال عنيت الصعود على الجبل قال محمد يحد لان الزنا
بالهمز الى الصعود حقيقة واراد حقيقة كلامه فيصدق قال في الجمهرة وغيرها زنا في

الجبل

الجبل بالهمز يزنأ زنأ اي صعد وجاء زنا يزنو زنوا ايضا بمعنى صعد بحقيقة ما جاء
في شعر العرب :. وارق الى الخيرات زنأ في الجبل :. واحتج اهل اللغة بهذا البيت جميعا
في كتبهم ويجيء شرح البيت بعد فراغنا عن بيان المسئلة ولابي حنيفة وابي يوسف ان الزنا
بالهمز حقيقة في الصعود ولكن يجوز ان يستعمل في ارادة الفاحشة مهموزا ايضا لانه من
العرب ابدال الهمزة من الياء كما في قولهم قطع الله اديه اي يده فيجوز على هذا ان يكون زنأت
في الجبل مهموزا نبذ لا من زنيت بالياء وحالة الغضب والسباب يعين ذلك فصار
كما اذا قال يا زاني بالهمز او التنغ بقوله زنأت او بقوله في الجبل تحقيقه قال فخر
الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قوله في الجبل لا يحتمل الصعود ولا يقال
زنأ فيه وانما يقال زنأ عليه كما قال الشاعر :. لاهم ان الحرث بن جبلة زنا على
ابيه ثم قتله :. فاقول لا نسلم انه لا يقال زنأ فيه بل ما قال فخر الاسلام عكس اللغة فلا يصح
لان زنأ بالهمز لا يصح في قوانين اللغة الا بلفظ في لا بلفظ على كما في قوله زنأ في الجبل اما
قوله زنا على ابيه فليس مما نحن فيه لان ما نحن فيه المهموز من الثلاثي وما احتج به ليس بمهموز
من مزيد الثلاثي من باب التفعيل بمعنى زنا على ابيه اي ضيق عليه ثم البيت مشهور
في اصطلاح المنطق وما بعد البيت وتركيب الشاهد الجملة :. وكان في جاراته لا عهد له
فاي امر سيء لا فعله :. والابيات لابن العقوف من بني سلمة يهجو بها الحرث بن جبلة
الغساني والشاهد الفعلة القبيحة تشرح فاعلها يريد انه ركب امرا واضحا في
القبح والجلة المشهورة التي لا يخفى ابهادها باس كان انه على نفوسهن مغتم ترجع الى بياله
قوله وارق الى الخيرات قال ابن السكيت قالت امراة من العرب ترقص ابنا لها :. اشبه
ابا امك او اشبه عمل :. ولا تكونن كهلوف وكل :. يصبح في مضجعه قد انجدل :. وارق
الى الخيرات زنأ في الجبل :. قال في كتاب المزهج شرح الاصطلاح الابيات وما هي
للمرأة وانما هي لرجل راى ابنا له ترقصه امه فاخذه من يدها وقال اشبه ابا امك
يخاطب ابنه وكان ابو امه شريفا سيدا فقوله اشبه ابا امك او اشبه عمل اي كون مثل
ابي امك او مثلي ولا تجاوز زنا في الشبه الى غيرنا فحذف ما لا ضافة من عمل للضرورة وهذا
الرجل قيس بن عاصم المنقري فاخذ ذلك الصبي منفوسه بنت زيد الفوارس بن ضرار الضبي
فاخذت تداده بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه اخي او اشبهن اباكا اما ابي فلن تنال

ذاكا تقصو من مقالديد اكاذوا الهلوف التعليل الحافي الذى لا حيوفيه والوكل الذى
يتكل على غيره فيما يحتاج اليه والمبخل بالدال المهملة الممتد على الارض يريد انه
لا يستقط حتى يصبح دارقا الى الخيرات يقول بادرا الى فعل الخيرات لتتوقع بذلك
ومن كر كما يونا المرتقى فى الجبل قوله وذكر الجبل تعريره مرادها اى تقرر الصعود مراد
من قوله زنات فى الجبل ولقايل ان يقول لا نسلم لان الزنا الذى هو الفاحشة قد يقع
فى الجبل قوله ومن يهز المسلمين كما يحكى بازو ستمه بالهمزة ان وشتمه بالا لف و
اليا جاز ان يكون المراد من زنات الجبل بالهمزة زنيت باليا قوله وذكر الجبل انما يعين
الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه اى المقرون بكلمة على هو
المستعمل فى الصعود وهذا وقع جوابا لما قال المحمى بقوله وذكر الجبل يقوده مرادا فقال
وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على لا بكلمة فى لان المستعمل فى
بمعنى الصعود ان يقال زنا عليه لا زنا فيه هذا هو حاصل كلامه وهذا عكس ما ثبت
فى قوانين اللغة لانه لم يسمع فى معنى الصعود زنا عليه اصلا بل يقال زنا فيه وقد ذكر
قبل هذا ولا نسلم ايضا لانه يصح ان يقع فعل الفاحشة فوق الجبل او الليل او
السطح فيقال زنيت على الجبل او زنيت على الليل او على السطح ثم بدل الهمزة من
اليا فلو صح استعمال زنا عليه لجاز ارادته من زنا فيه لان فى يجى بمعنى على كما فى قوله تعالى و
لا صلبنكم فى جذوع النخل قوله ولو قال زنات على الجبل قيل لا يحد يعنى اختلف المشايخ
فى قوله زنات على الجبل قال بعضهم لا يحد لتعين الصعود مرادا بدلالة على وهو المراد
بقوله لما قلنا وقال بعضهم يحد لان حالة الغضب والشباب تعين الفاحشة مرادا
وهو المراد بقوله للمعنى الذى ذكرنا على صيغة اسم الفاعل من التعيين اى المعنى المراد و
كلاهما جايز والمذهب عندى ان كان خرج هذا الكلام على وجه الغضب والشباب
يجب الحد لدلالة الحال على ذلك اذ لا يكون صعود الجبل سببا والا فلا للاحتمال والحد لا يجب
قوله ومن قال لآخر يا زانى فقال بل انت فانهما يحدان وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعادة وذلك لان كل واحد منهما قذف صاحبه وهو مختص اما قذف الاول فظاهر لانه
صرح بالزنا وكذا قذف الثانى لان كلمة بل من الحروف العاطفة موضوعة للاضراب
عن الاول والاثبات للثانى فيكون المذكور فى الاول خبرا لما بعد بل كما اذا قالت جاء

زيد

زيد بل عمرو كان معناه بل جاءنى عمرو فكذا هنا يكون معناه بل انت زانى فيكون كل
واحد منهما قاذفا فيجب عليه الحد فان قلت التصريح بالزنا او النفى من الاب شرط
فى ايجاب الحد قلت لا نسلم انه لم يوجد التصريح اذ يفهم الزنا فى اول الوهلة اذا قال
بل انت فى جواب قوله يا زانى كما اذا صرح به لان الجواب يتضمن اعادة ما فى السوال فيصير مثل
التصريح سواء فان قلت اذا كان كل واحد منهما قاذفا فالمقاصة ينبغى ان يكون قصاصا
فلا يجب الحد قلت فى الحد القذف حق الله تعالى وهو لا يخلف فان جعل احد القذفين
قصاصا يلزم اسقاط حق الله تعالى فلا يجوز ذلك لانه وهذا لم يجز عفو المقذوف قال
صاحب الهداية فى التعليل لان معناه لا بل انت زان اذ هى كلمة عطف يستدرك
بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فيه اى بل انت واراد بقوله فى الاول
قوله يا زانى وفيه نظر لان المذكور فى مثل قوله يا زانى فى مقام النداء لا يسمى خبرا فلو قال
فيصير المذكور فى الاول خبرا فيه كان اولى قال بعضهم فى شرحه فى بيان قوله فيصير المذكور
فى الاول اى الخبر المذكور فى الاول وهذا اشنع واشنع لان احدا لم يسم المنادى خبرا
قوله ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان وهذه من
مسايل الجامع الصغير المعادة وذلك لان قذف الرجل امرأته يوجب اللعان وقذف
المرأة زوجها يوجب الحد وقد اجتمعا يعنى فلا بد من البداية باحدهما فيبدأ بالحد المرأة
درا للحد لان اللعان قايم مقام حد القذف فى حق الرجل ومقام حد الزنا فى حق المرأة
فيسقط ببابه اذا ابتدأنا باللعان لا يسقط الحد من المرأة لان الرجل لا يخرج باللعان
من ان يكون محقيقا من فعل الزنا واذا ابتدأنا بحد المرأة يسقط اللعان لان اللعان شهادة
وقد بطلت شهادة المرأة بحدها ولا تقبل لهم شهادة ابدا فيبدأ بحد المرأة درأ للعان
الذى قام مقام الحدين ونظير هذا ما ذكره فى شرح الطحاوى فيمن قال لامرأته يا زانية
بنت الزانية فخاصمت الام اولا حد الرجل سقط اللعان لانه بطلت شهادة الرجل
ولو خاصمت المرأة اولا فلاعن القاضى بينهما ثم خاصمت الام يحد الرجل حد القذف قوله
وفيه ابطال فى عكسه معنى ان اللعان لا يبطل حد القذف من المرأة وفيه بيانه للدرء اى
للدرء اللعان قوله فاذا قال زنيت بك فلا حد ولا لعان وهذه من مسايل الجامع الصغير
والفقيه ابو الليث ذكرهما فى شرحه وقال الحاكم الشهيد فى باب اللعان من مختصر الكافى الخبوم

وان قال لها يا زانية فقالت زنيت بك يعني اذا قالت المراة زنيت بك في جواب قول الرجل
يا زانية ولم يذكر صاحب الهداية القياس والاستحسان كما لم يذكر في اكثر النسخ الجامع
الصغير بل لم يكن بينهما حد ولا لعان استحسانا وكان القياس ان يلاعنها لان حد ليس
بتصديق منها له لان المراة لا تزني بزوجها الى هذا لفظه وجه الاستحسان ان الشك
وقع في وجوب كل واحد من الحد واللعان فلا يجب بالشك لان المراة بقولها زنيت بك لا يخلو
اما ان يكون قبل النكاح او بعده فان كان قبل النكاح يجب الحد على المراة ويبطل اللعان اما
وجوب الحد على المراة فلانها قذفت الرجل بالزنا بقولها زنيت بك اما بطلان اللعان فلانها
لما صدقت الرجل باقرارها بالزنا بطل احصانها فلم يجب الحد على قاذفها واللعان قائم
مقام الحد القذف في حق الرجل وان كان بعد النكاح على معنى ان زناي هو الذي وجد مني من
المجامعة معك بعد النكاح حيث لم يقربني احد غيرك ومثل هذا يتعارف بين الناس
في مثل هذه الحالة فلا يجب الحد لانها ما قذفت الرجل لان الزنا مع الزوج لا يتصور بعد النكاح
ويجب اللعان لان الزوج قذف امراة محصنة ففي حال وجب الحد لم يجب اللعان وفي حال وجب
اللعان ولم يجب الحد فقد وقع الشك في كل واحد فلم يجب بالشك لا هذا ولا ذاك لوقوع الشك
دليل قوله فلا جاء يؤدي لا لعان منهما اى من الحد واللعان قوله فيجب الحد دون اللعان اى حد القذف
على المراة قوله لتصديقها اى تصديق المراة زوجها قوله وانعدامه منه اى ولانعدام القذف
من الزوج قوله زناي اى ما كان مع الخطاب للزوج اى زناي والذي وجد معك يعني ان كان الزنا
موجودا مني فذاك الفعل وجد مني معك بعد النكاح والا فلا في مثل هذه الحالة اى في حالة
سب الرجل لامراته بالزنا قوله فيما قلنا اشارة الى قوله لاحد ولا لعان قوله ومن
اقر بولده ثم نفاه فانه يلاعن وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له امراة جاءت بولد فقال ليس هو بابني ثم قال
هو ابني قال يضرب الحد وان قال هو ثم قال بابني قال يلاعن والولد ولده الحاصل انه اذا
نفى ولده بان قال ليس هو ابني يكون قاذفا لامه ويجب اللعان لان معناه ان امه زنت
فولدته من الزنا وكل قذف يوجب الحد في قذف الاجنبي يوجب اللعان في قذف الزوج ثم
بعد النفي اذا اقر وقال هو ابني بطل اللعان فوجب عليه حد القذف لان الاصل في قذف
المحصنات هو حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء

فاجلدوهم

تصدقه اى قول الزوج ومعه اى ومع القذف منها اى من المراة قوله

فاجلدوهم ثمانين جلدة لكن اللعان شرع عند تكاذب الزوجين فاذا اكذب
الزوج نفسه لم يبق التكاذب فصير الى الاصل الذي هو الحد والدليل على
انه هو الاصل الذي هو الحد والدليل على انه هو الاصل ما روي في حديث هلال
ابن امية انه قال حين اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم لو ان رجلا وجد مع امراته
رجلا فتكلم به جلدتموه او قتل قتلتموه او سكت سكت على غيظ فقال عليه
الصلاة والسلام اللهم افتح وجعل يدعو فنزلت اية اللعان والذين يرمون
ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية فعلم بهذا ان حكم الجلد كان ثابتا
قبل حكم اللعان اما اذا قال هو ابني ثم قال ليس هو ابني وجب اللعان لانه لم يوجد هنا
اكذاب النفس ولا يقال ان المقصود كان نفي الولد ولا ينفي الولد لاقراره السابق
فينبغي ان لا يجري اللعان لانا نقول ليس من ضرورة اللعان قطع النسب ولهذا يوجد
اللعان بلا قطع النسب والولد ولده في الوجهين سواء تقدم الاقرار او النفي لان النسب
لازم على الزوج باقراره على التفسير قوله لانه حد ضروري صير اليه ضرورة
التكاذب تكاذب الزوجين لان لكل واحد منهما كاذب في زعم صاحبه لان زعم الزوج انها
كاذبة في انكار الزنا وان زعم الزوجة انه كاذب في القذف بالزنا ولهذا اذا اقرت المراة بالزنا
لا يجري اللعان لعدم التكاذب فكذا اذا كذب الزوج نفسه لعدم الكاذب قوله لاقراره
به سابقا او لاحقا بالنفي فيما اذا نفاه ثم اقره به قوله واللعان يصح بدون قطع النسب
كما تصح بدون الولد يعني اذا نفى ولده بعد نكاح ولد سنة الولادة يصح اللعان مع تعذر
قطع النسب كما يصح اللعان بدون نفي الولد اصلا كما اذا قال لامراته يا زانية ذكره جوابا
عما يقال ان المقصود من قوله ليس بابني قطع النسب ولم ينقطع النسب بسبب الاقرار
لا محالة فكان ينبغي ان لا يجب اللعان مع تعذر قطع النسب كما يصح اللعان بدون
نفي الولد اصلا كما اذا قال لامراته يا زانية ذكره جوابا عما يقال ان المقصود من قوله ليس
بابني قطع النسب ولم ينقطع النسب بسبب الاقرار لا محالة فلا يلزم من انتفائه انتفاء
اللعان واما وجوب اللعان بسبب قذف الزوج بالزنا وهو حاصل لان معنى قوله ليس
هو بابني ان امه التي زوجتي زانية فلو قال لامه انت زانية يجب اللعان فكذا هنا قوله
فان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان وهذه ايضا مسئلة الجامع الصغير وذلك

لانه لما قال لبس بابنك انكر ولادة الولد منها اصلا وذلك منعدم للزنا لانه اذا لم يكن منها
كيف يتصور ان يتولد زناها فاذا انتفى الزنا انتفى القذف فلا يجب الحد ولا اللعان
لعدم القذف قوله وبه لا يصير قاذفا اى وبالانكار لا يصير قاذفا امه قوله ومن
قذف امراة معها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها
بعد موت الولد فلا حد عليه قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في امراة نقلت
في بعض البلد ومعها اولاد لا يعرف لهم اب فقال لها رجل يا زانية فلا حد عليه وهذه من
الخواص واعلم انه يجب الحد على قاذفها لان الحد يجب على المحصنات وهذه المراة لم تثبت
احصانها لوجود علامة الزنا وهو وجود ولد بلا نسب فصار شبهة والحد يندرئ بالشبهات
وقال ايضا محمد عن ابي حنيفة في رجل لاعن امراته بولد ثم قذفها انسان قال لا حد عليه وان
كان قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه ايضا وهذا ايضا من الخواص اعلم انه اذا قذف الملاعنة
بولد حال حيوة الولد لا يحد لانها خرجت من ان تكون محصنة لكونها في صورة الزانيات لوجود
ولد منها لا اب له لان ولدها انقطع النسب من الاب باللعان وشرط وجوب الحد كون
المقذوف محصنة فلم يوجد الشرط فلا يحد وكذا قذفها انسان بعد موت ولدها لا يحد
لان المعنى المسقط للحد باق وهو علامة الزنا بولد منها لا نسب له وولدها بعد موته لم
يثبت نسبه من احد قال الشيخ الامام السرخسي في شرح الكافي فان ادعى الزوج الولد فجلد
الحد والزم الولد ثم قذفها قاذف فعليه الحد لانها خرجت من ان تكون في صورة الزانيات
ولو ادعى الولد ثم مات قبل ان يحد يثبت نسب ولدها من الزوج ولا حد على من كان قذفها
قبل ذلك لانه حال وجود النسب في الحد وهو مستبرئ لا محالة وقد كانت حين القذف
في صورة الزانيات ولو ادعى الولد ثم مات قبل ان يحد ثبت نسب الولد منه بالدعوة
وضرب من قذف المراة بعده الحد وكذلك لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو
منكر ثبت النسب منه ويضرب الحد لان الثابت بالبينة عليه كالثابت باقراره ومن
قذفها بعد ذلك ضرب الحد لانها اخرجت من ان تكون في صورة الزانيات واذا
قذف الرجل امراته فرافعته واقامت شاهدين انه اكذب نفسه يجب عليه الحد
لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او بمعاينة وهذه المسائل كتبناها للتنبيه
قوله فلان الملاعنة بولد اى بسبب نفي الولد والرواية بفتح العين سماعا ويجوز الكسر

ايضا

ايضا على معنى انها لوعنت او لاعنت بسبب نفي الولد وهذا لان باب المفاعلة
موضع النسبة اصل الفعل الى احد الامرين متعلقا بالاخر للمشاركة فاذا قلت شارك
زيد عمرا يكون عمرو ايضا مشاركا له الا ان زيدا هنا وقع فاعلا صريحا ووقع مفعولا ضمنا
لان عمرا وقع فاعلا ضمنا فكذا هنا جاز ان تقع نسبة الفعل الى احد الامرين متعلقا
بالاخر للمشاركة الزوج صريحا فتكون المراة ملاعنة بالفتح وجاز ان تقع نسبته
الى المراة صريحا فتكون المراة ملاعنة بالكسر والزوج ملاعنة بالفتح فافهم اعلم ان الملاعنة
بولد لا يحد قاذفها في ظاهر الرواية بلا خلاف بين اصحابنا وقال في شرح الاقطع
قال ابو يوسف يحد لانها محصنة قبل لعان الزوج ولا يصدق الزوج في اسقاط حد
احصانها بقوله ولعانه فيبقى على احصانها ويحد قاذفها كما لو لاعنها بغير ولد وجه
الظاهر ما ذكرنا قوله نظرا اليها اى الى امارة الزنا قوله وهي شرط اى العفة شرط وجوب
حد القذف ولم يوجد العفة من الزنا من المراة لوجود امارة الزنا وقد مر البيان قوله
ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد وهذه من مسائل المعادلة في الجامع
الصغير قال الحاكم اذا لاعن الرجل امراته بغير ولد ثم قذفها هو او غيره فعليه الحد و
قال في شرح الطحاوي لو لاعن بغير ولد او مع الولد الا انه لم يقطع النسب او قطع النسب
الا ان الزوج عاد واكذب نفسه والحق النسب بالاب فقذف الرجل المراة فانه يجب الحد
على قاذفها وانما وجب الحد على القاذف في هذه الصورة لان احصان المراة لم يسقط بقذف
الزوج بل صار اللعان موكدا لعفتها عن الزنا لانه شرع دفعا لعار تهمة الزنا عنها و
انعدام امارة الزنا وهي قيام ولد لا نسب له لان الولد ليس بموجود في الاولى والثانية
موجود لكن لم ينقطع نسبه بتطاول المدة وفي الثالثة الحق النسب بالاب بالاكذاب
قوله لانعدام امارة الزنا وامارة الزنا قيام ولد لا اب له ولا ولد هنا قلت اللعان
قائم مقام حد الزنا في حقها فتكون امارة الزنا ظاهرة فينبغي ان لا يحد قاذفها قلت
معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها ان الزنا لو ثبت منها لحدت ولكن لم يثبت
لم تحد المراة حد الزنا ولم يحد الزوج حد القذف فاجري اللعان بينهما فقام ذلك
مقام حد الزنا في حقها ومقام حد القذف في حقه بدلالة اللعان من هذا الوجه حيث
لم يحد احد منهما وليس معناه ان اللعان كاجزاء الحد الا ترى ان التفريق بينهما

انما وقع باعتبار انها محصنة لانها لو لم تعتبر محصنة لم يجز اللعان بينهما اصلا فاذن
اكد اللعان احصانها فما لا ان يسقط الاحصان بها شيئا ولكن قد قال بعضهم في شرحه في
جواب هذا السؤال اللعان قائم مقام حد القذف في حقه بنا لنظر الى هذا الوجه تكون
المراة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فوجب
الحد على القاذف ولقائل ان يقول اذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه فجهة كونها
غير محصنة يكون شبهة في اسقاط الحد عن قاذفها لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة
فينبغي على هذا لا يجب الحد على القاذف فعلم ان ما قاله ضعيف جدا وقال ايضا وجدت
بخط شيخي يعني حافظ الدين الكبير البخاري في جواب هذه الشبهة ان اللعان في جانبها
قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة
الى غير الزوج غير محصنة بالنسبة الى الزوج فينبغي ان لا يحد الزوج لكن يحد عليه غيره
وعليه نص حاكم الشهيد وقد رددناه انفا فعلم ان هذا الجواب ضعيف ايضا قوله قال
ومن وطي وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه اي قال القدوري في مختصره وانما لم يحد
القاذف لان شرط وجوب الحد على القاذف احصان المقذوف ولم يوجد الشرط لا
نعدام العفة عن الزنا ولان القاذف صادق في قذفه لان المقذوف وطي ما لا يحل له
فلا يحد القاذف على الصدق وانما يحد على الكذب ولم يذكر القدوري ما اذا وطي وطيا
حراما في ملكه فنبينه ان شاء الله تعالى والاصل الكلي هنا ان الوطي اذا كان حراما لعينه
لا يحد قاذف الواطي وان كان حراما لغيره يحد القاذف والحرام لعينه كما اذا وجد الوطي
في غير الملك من كل وجه وصورته ظاهرة او من وجه كما اذا كان وطي جارية مشتركة
بينه وبين غيره وهذا الوطي حرام لعينه لوقوعه زنا لان الوطي حصل في غير الملك
الا انه لا يجب حد الزنا على واطي الجارية المشتركة للشبهة وكذا يكون الوطي حراما لعينه
اذا وقع في الملك اذا كانت حرمة الوطي مؤبدة كما اذا وطي امته التي هي اخته من الرضاع
او وطي جاريته التي وطيها ابوه بعد ملك اليمين او الشراء وهذا لانه وطي محرم على
التابيد فصار كالزنا فلم يحد القاذف لغيره كما اذا كانت حرمة الوطي موقتة مثل ان يطا
امراته الحائض او النفسا او جاريته او الامة المزوجة او المكاتبة او المرتدة التي ظاهر
منها او وطي امراته الصايمة ففي هذا كله يحد القاذف لان الحرمة عارضة في الملك

على شرف

على شرف الزوال فلا يكون الوطي زنا ولا خلاف فيما بين اصحابنا الا في المكاتبة فان
قال ابو يوسف في احدى الروايتين عنه ان وطيها يسقط الاحصان ويحد القاذف
وهو قول زفر لان المولى ليس له ان يطاها ولهذا لو وطيها يجب عليه العقر ولنا ان ملك
الرقبة باق بعد الكتابة والحرمة في الوطي عارضة على شرف الزوال فاشبهت الحيض
والاحرام وكذلك اذا وطي الامة المشتراة شراء فاسدا يحد قاذفه لان الشراء الفاسد يوجب
الملك بخلاف نكاح الفاسد فانه لا يوجب الملك فلهذا يسقط احصانه بالوطي في النكاح
الفاسد وكذلك اذا ملك اختين بملك يمين فوطيهما حد قاذفه لان الحرمة موقتة فاذا
خرج احداهما حل له فرج الاخرى بخلاف ما اذا تزوج اختين فوطيهما لا يحد قاذفه لان
الحرمة مؤبدة لا خلاف فيها اما اذا نظر الى فرج امراة بشهوة او لمسها بشهوة ثم اشترى
امها او ابنتها او تزوجها فوطيها نقل فيه عدم حد قاذفه عن ابي حنيفة لان كثيرا
من الفقها لا يثبتون حرمة المصاهرة بالنظر بشهوة كذا قال الحاكم الشهيد ولا نسبه
هذا بما اذا وطي امة وطيها ابوه او وطي هو امها حيث لا يحد قاذفه بالاتفاق
لانه وطي محرم على التابيد كالزنا كذا قال في الشامل وغيره قوله وان كان محرما لغيره
يحد اي القاذف قوله وكذا الواطي في الملك والحرمة مؤبدة اي الواطي حرام لعينه قوله فان كانت
الحرمة موقتة كالوطي في حالة الحيض وقد مر بيان جميع ذلك قوله وابو حنيفة يشترط
ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة
من غير تردد لتكون الحرمة نظير الحرمة الثابتة بالاجماع ما اذا وطي الجارية
المشتراة التي وطيها ابوه بملك اليمين او بملك النكاح فلا يحد قاذفه لسقوط
احصان الواطي بالوطي الحرام على التابيد بالاجماع وكذلك اذا تزوج اختين او
تزوج امراة وعمتها او خالتها او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقد فوطيها
فلا حد على قاذفه لما قلنا ونظير الحرمة الثابتة بالحديث المشهور ما اذا تزوج
امراة بلا شهود فوطيها حيث يسقط احصانه فلا يحد قاذفه لقوله عليه الصلاة و
السلام لا نكاح الا بشهود وهو مشهور تلقته العلما بالقبول الا انه لا يجب عليه
حد الزنا للشبهة وكذا اذا كانت عمته او خالته من الرضاع امته فوطيها يسقط
احصانه لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قوله

بيانه اي بيان الاصل المذكور في المسائل التي اذكرها هنا **قوله** ولو قذف امراة زنت في نصرانيتها اي لا حد على القاذف ومعنى المسئلة انها زنت في نصرانيتها ثم اسلمت فقذفها انسان لان الكافرة اذا زنت في نصرانيتها لا حد على القاذف ومعنى المسئلة انها زنت فلا حاجة الى التعليل الزنا وهذا لم يسقط الحد بالاسلام فلما كان كذلك لا يحد قاذفها لعدم شرط الاحصان وهو العفة عن الزنا ثم لا يتفاوت ان يكون زناها في دار الحرب او في دار الاسلام وعليه نص الحاكم الشهيد **قوله** وهذا اوجب عليها الحد اي حد الزنا وهو ايضاح لتحقق الزنا **قوله** لا يحد اي القاذف **قوله** وهذا هو الصحيح وانما قيد بالصحيح لانه ظاهر الرواية واحترز به عن رواية الشيخ ابي الحسن الكرخي انه لا يسقط الحد عن القاذف لانه وطي في ملك ثم مقارنة التحريم فيه لا يسقط الاحصان كوطي المراة الحائض المحرمة والامة المجوسية والمزوجة والتي ظاهر منها ولنا ان الحرمة مؤبدة في المقيس وموقتة في المقيس عليه ولا شك ان المقيس عليه ادنى حالا من المقيس فلا يصح القياس لعدم المماثلة فجاز ان يسقط الاحصان في الحرمة لا على ما دون الاولى

قوله ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المكاتب يموت ويترك وفاء فيودي كتابته فيعتق بما بقي بعد ذلك الاحرار ثم يقذفه انسان قال لا احد على قاذفه ابدا وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا فيما اذا مات عن وفاء فقال بعضهم مات حرا وهو مذهب علي وعبد الله بن مسعود وقال بعضهم مات عبدا وهو مذهب زيد بن ثابت فاختلافهم اورث شبهة في حق القاذف فسقط **قوله** ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة وقالا لا حد عليه وهذه من مسائل الجامع الصغير واصله ان تزوج المجوسي له حكم الصحة عند ابي حنيفة وقالا له حكم البطلان كما مر في كتاب النكاح من الاصل ونحن استقصينا بيانه في باب نكاح اهل الشرك فينظر ثمه للحالة فنقول الفعل الذي اتى به المجوسي قبل الاسلام شيء يستحله ونحن امرنا بتركهم وما يدينون ولهذا لا يتعرض لهم في كفرهم الذي هو اقبح من التزوج بالمحارم فكذا لا يتعرض في التزوج فلما كان كذلك كان لهم حكم الصحة فصار محصنا بالاسلام فيحد قاذفه وجه قولهما ان النكاح فاسد في الاصل ولهذا اذا ترافعا يفرق بينهما بالاجماع ونكاح المحارم ليس بمشروع مطلقا وانما كان كذلك في مسئلة ادم ضرورة

التوالد

التوالد والتناسل بان يزوج اخت هذا البطن من اخ البطن الاخر واما نكاح الامهات لم يكن مشروعا اصلا والمسلم اذا وطي امراة بنكاح فاسد لا يكون محصنا ولا يحد قاذفه فكذا هنا **قوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد وهي من مسائل الجامع الصغير وانما وجب عليه حد القذف لان فيه حق العبد وهو يواخذ بحقوق العباد والحاصل ان حد القذف يجب عليه بالاتفاق وحد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق وحد الزنا والسرقة يجب عند ابي يوسف ولا يجب عند ابي حنيفة ومحمد والذي يجب عليه جميع الحدود بالاتفاق الا حد الخمر وقد مر بيانه في باب الوطي الذي يوجب الحد **قوله** انه لا يودي بفتح الدال وما بعده بكسر الدال وموجب اداه ان يكون للمستامن ملتزما موجب اداه وهو حد القذف **قوله** واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وهذه مسئلة القدوري اعلم ان المحدود في الزنا او الشرب او السرقة اذا تاب تقبل شهادته بالاتفاق الا عن الحسن بن حي والاوزاعي فان عندهما لا تقبل شهادة حد في الاسلام في قذف او غيره ابدا كذا ذكره ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي فاما المحدود في القذف اذا تاب فعندنا لا تقبل شهادته وعند مالك والشافعي تقبل قياسا على المحدود في الزنا ولنا قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فلو قبلت شهادة المحدود في القذف بعد التوبة لانتفى فائدة قوله ابدا والاستثناء ارتفع الفسق ولا يلزم من نفي الفسق قبول الشهادة كما في شهادة العبد وقد مر تحقيق هذه المسئلة في كتابنا الموسوم بالتبيين في شرح الاخسيكثي والباقي يجي في الشهادات انشاء الله تعالى **قوله** واذا حد الكافر في قذف لم يجز شهادته على اهل الذمة وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في ذمي قذف رجلا فاقيم عليه الحد قال لا يجوز شهادته على اهل الذمة فان اسلم جازت شهادته على اهل الذمة وعلى اهل الاسلام فانما لم يجز شهادة الكافر بعد حد القذف قبل الاسلام لان رد شهادة المحدود من تمام الحد فترد شهادته على جنسه تتمة للحد فاذا اسلم جازت شهادته على اهل الاسلام وعلى اهل الذمة لان هذه شهادة مستفادة غير تلك الشهادة المردودة اذ بالاسلام حصل له عند الله بالاسلام فلما كانت هذه غيرها لم يلحقها رد قبلت على اهل الاسلام ثم على اهل الاسلام

تبعا لهم فان قلت العبد لا شهادة له اصلا حال رقه فلا بد في حد القذف من رد الشهادة وانما يحصل الشهادة للعبد بعد العتق فتوا لان تتمة الحد اما الكافر فله شهادة على جنسه فردت بالحد ثم بعد الاسلام حدثت له شهادة اخرى لم يلحقها رد فقبلت
قوله بخلاف العبد جواب سوال ذكرناه انفا وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته اي ان ضرب القاذف الكافر وهذه من مسايل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن ابي حنيفة في هذا ثلاثة روايات روي عنه اذا ضرب سوطا في الاسلام لا تقبل شهادته وعنه اذا ضرب سوطا في الاسلام تقبل شهادته وعنه اذا ضرب الاكثر في الاسلام بطلت شهادته وعنه ما لم يضرب كله في الاسلام لا تبطل شهادته وهو المعروف وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذا لو ضرب المسلم بعض الحد ثم هرب ففيه ثلاثة روايات في ظاهر الروايات ما لم يضرب جميع الحد لا يبطل شهادته وفي رواية تبطل بضرب سوط وفي رواية ما لم يضرب الاكثر وجه اعتبار السوط الواحد ان حد القذف يخرج في الشهادة فيستوي في اسباب الجرح القليل والكثير فكذا الحد وجه اعتبار الاكثر ان الاكثر يقوم مقام الكل فيكون ضرب الاكثر كضرب الكل ووجه اعتبار الكل ان الله تعالى امر برد الشهادة بعد ضرب ثمانين فما لم يوجد ضرب الثمانين في الاسلام لا يرد ولان الشهادة صفة الحد على معنى ان الرد اسم او صفة الشي لا وجود لها الا بعد وجود ذلك الشي فما لم يوجد الجلدات بتمامها بعد الاسلام لا يوجد الحد فلا يكون الرد صفة للموجود قبل الاسلام ولا للموجود بعده لان كل ذلك بعض الحد قوله وعن ابي يوسف انه ترد شهادته وذلك لانه جعل الاقل وهو الموجود في الاسلام اعني تسعة وسبعين سوطا فصار كان الثمانين وجد بعد الاسلام وهذه رواية ابي حنيفة ايضا ذكره انفا قوله والاول اصح اي جواز الشهادة قوله قال ومن قذف او زنا او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في من قذف غير مرة فضرب الحد مرة قال هذا الحد لذلك كله وكذلك الزنا وشرب الخمر ومسئلة الشرب من الخواص وذلك لان المقصود من اقامة الحد الزجر فبعد ذلك يحول لا يخلو امن احد الامرين اما ان يحصل الزجر بالحد الاول او يحتمل انه يحصل ثانيا فكان لا يقام الحد ثانيا لانه يلزم تحصيل الحاصل في الاول وذاك فاسد وفي الثاني يكون شبهة فوات المقصود في الثاني

لاحتمال

٨٦

لاحتمال حصوله بالاول والحدود تندرئ بالشبهات وهذا في حد الزنا والشرب بالاتفاق ولهذا لا يحصل في الزنا الواحد الحد لكل لحظة مرارا ولا يجب لكل لحظة حد على حدة وكذلك فيما اذا شرب مرة واحدة بانفاس لا يجب لكل نفس حد على حدة فكذلك اذا زنا مرارا او شرب مرارا لان المقصود يحصل بالاول اما حد القذف ففيه خلاف فعندنا تداخل وعند الشافعي لا يتداخل اذا اختلف المقذوف كزيد وعمرو مثلا واختلف المقذوف به كما اذا قذف زيدا بزنا بين مختلفين وهذا بناء على ان الغالب فيه حق الله عندنا وحق العبد عند الشافعي وقد مر تحقيق ذلك في اقصى الوجوه في هذا الباب عند قوله ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل الحد قوله واما الاخريان وهذه هو النسخة الصحيحة تحقيقا وسماعا وفي بعض النسخ قال اما الاخر لان ذاك ليس بشي لان اما ههنا للتفصيل لانه ذكر اولا ثلاثة اشيا القذف والزنا والشرب على الترتيب ثم قال اما الاخريان واراد بهما الزنا والشرب ثم قال بعد ذلك واما القذف فلو كانت الرواية اما الاخر لان يكون المراد منهما القذف والزنا والشرب غالبا عن البيان ويكون بيان القذف مكررا لانه قال بعد ذلك واما القذف ولكن مع هذا لو قال قال المصنف اما الاخر ان بلفظ التذكير بكسر الخا لكان اولى لان الزنا والشرب مذكر فيصح للفظ بلا تاويل فعلى ما قال يحتاج الى التاويل بان يقال الفعلان الاخيران او الخصلتان قوله الا نزجار حيوان قوله واحتمال حصوله بالاول اي احتمال حصول الانزجار بالحد الاول قوله شبهة فوات المقصود في الثاني اراد بالمقصود الانزجار وبالثاني الحد الثاني قوله ملحق بهما اي بحد الزنا والشرب اختلف المقذوف كزيد وعمرو واختلف المقذوف به كقذف زيد بزنائين مختلفين قال الحاكم الشهيد في الكافي قال الرجل يا ابن الزانيين قال عليه حد واحد وقال ايضا قال يا زاني بامراة حراما وبلغ كل شي شهادة دون الجماع نقذفه قاذف فعليه الحد وذاك لان الاحصان يسقط بوطي حرام ولم يوجد وقال في الشامل في قسم المبسوط قال فجرت بفلانة او قال جامعها حراما لا حد عليه ما لم يقذفه بالزنا لان الجماع الحرام لا يكون بنكاح فاسد وقال ايضا قال لامراة زنيت بحمار او بعير او ثور لا يحد لان معناه زنيت واحد وهذا لا يحد ولو قال زنيت بناقة او بدراهم او ثوب لا يحد لان معناه زنيت واحد وهذا ولو قال هذا الرجل لا يحد لانه ليس لعرف في جانبه اخذ المال وهذه المسايل كتبناها تكثيرا

زنيت بكذا دراهم

للزوايد لمطالب المزيد قوله باب التعزير قال في المغرب التعزير تاديب دون الحد
من العزر وهو الرد والردع ثم لما كان التعزير دون الحد لم يكن له قوة الحد فذكره في
الاخير لضعفه والتعزير في قوله تعالى وتعزروه بمعنى النصرة والتعظيم ومن قذف عبدا
او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر وهذا لفظ القدوري واعلم ان المقذوف اذا كان غير
محصن فقذف بالزنا يجب التعزير فيه كما اذا كان المقذوف عبدا او امة او ام ولد او كافرا
واذا كان المقذوف محصنا لكن قذف بغير الزنا كما اذا قال يا فاسق يا كافر او يا خبيث
لا يحد ويعزر وذلك لان قذف غير المحصن بالزنا لا يوجب الحد في الصورة الاولى
وكذا قذف المحصن بغير الزنا لا يوجب الحد في الصورة الثانية لان شرط وجوب حد
القذف هو القذف للمحصن بصريح الزنا فوجب التعزير دفعا للعار السابق اللاحق
بالمقذوف صيانة لعرضه لان القاذف لما اذاه وجب عليه العقوبة والاصل في العقوبات
التعزير قال في شرح الطحاوي والاصل في وجوب التعزير ان كل من ارتكب منكرا او اذى
مسلما بغير حق بقوله او فعله وجب التعزير بالاتفاق اذا كان الكذب ظاهرا في قوله
كما اذا قال يا كلب يا خنزير ونحوه فانه لا يعزر وقال ايضا لو قال يا فاجر يا ابن الفاجرة
الفاسقة او قال يا خاين او يا اكل الربا او يا شارب الخمر كان عليه التعزير لانه ما نسبه ولا
امه الى الزنا لان هذه الالفاظ كما يتناول الزنا يتناول غيره لان غير الزنا يسمى فجورا
وعليه التعزير لانه الحق نوع الشين به فيعزر لدفع الشين فيعزر لدفع الشين
عنه قوله فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى اي فيما اذا قذف
غير المحصن بالزنا قوله وفي الوجه الثاني الراي الى الامام اي فيما اذا قذف المحصن
بغير الزنا كالفسق والكفر قوله ولو قال يا حمار يا خنزير لم يعزر وهذا لفظ القدوري
وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا في المبسوط وغيره ووجهه ان القاذف كاذب في
قذفه قطعا ولا يلحق الشين في المقذوف وقيل في عرفنا يعزر وهو قول الهندواني
لانه يعد شتيمة في بلادنا ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابي يوسف رواية
عن ابن سماعة لو قال يا حمار يا خنزير عزر ولو قال الرجل صالح ذي المروة يا فاسق يا سفيه
يا لص يا مشرك يا كافر يا زنديق عزر في ذلك وان كان الذي قيل له يا فاسق كان فاسقا
او قال يا فاجر كان فاجرا او قال يا لص كان لصا لا شيء عليه قال ذكره في المجرد قوله ويعد

سبا اي شتما قوله وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر
لانه تلحقهم الوحشة بذلك اي كان المسبوب بقوله يا حمار يا خنزير وقال
في الاجناس لو قال يا ابن قرطبان فعليه التعزير لانه هو الذي يبعث على امرأته رجالا
ان يصيب منه مالا وقال ايضا لو قال يا جيفة يا ديوث يا مخنث عزر في ذلك ولو
قال يا سفيه عزر وقال ايضا لو قال ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود
وابوه ليس كذلك او قال له انت حجام او انت مخنصد او يا رستاقي لا تعزير فيه
وقال في الفتاوى الولوالجي لو قال يا ابله او يا ناكس او لا شي او يا منتوف لا يجب
عليه التعزير لانه ما قذفه بمعصية ولا الحق الشين به وكذلك لو قال يا ساخر
يا ضحكة يا مقامر ثم قال هكذا ذكر في بعض المواضع وفيه نظر والظاهر انه يجب
وقال ايضا ولو قال يا بليد يا قذر يجب فيه التعزير لانه الحق الشين به وقال
في خلاصة الفتاوى قال الصدر الشهيد يجب التعزير في قوله يا مقامر وقال الحاكم
الشهيد في الكافي ان قال يا يهودي او يا نصراني او يا مجوسي او يا ابن اليهودي فلا حد عليه
ويعزر قوله والتعزير اكثره تسعة وثلاثون واقله ثلاث جلدات وقال ابو يوسف
يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا ظاهر
الرواية عن ابي يوسف الا ترى الى ما نقل صاحب الاجناس من نوادر الاصل لا عن
في التعزير ويعقوب والحدود بابه اقله ثلاثة واكثره تسعة وثلاثون لا يبلغ
اربعين سوطا ثم قال وفي نوادر هشام عن ابي يوسف تسعة وسبعين سوطا
لكن هذا في تعزير الحر اما في تعزير العبد فعلى قول ابي يوسف ينقص خمسة عن اربعين
كذا ذكر صاحب التحفة وقول محمد في ظاهر الرواية مع ابي حنيفة وفي رواية قوله مع ابي يوسف
كذا ذكر في المختلف وقول زفر مثل قول ابي يوسف في النوادر وذكر الفقيه ابو الليث مع ابي يوسف
هكذا ذكر في شرح الجامع الصغير وذكر في شرح الاقطع قول زفر مثل قول محمد ثم الاصل
هنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين
اي من المتجاوزين فعلى هذا لا بد من نقصان عدد الجلد في التعزير عن الحد وذلك
يحصل بنقصان سوط عن الاربعين لانه عليه الصلاة والسلام قال من بلغ حدا بلفظ
النكرة فيتناول ادنى ما وقع عليه اسم الجلد وهو الاربعين لانه ادنى حد العبد في

القذف وابو يوسف اعتبر حد الاحرار لان الرق عارض فنقص عنه سوطا على رواية
النوادر وعلى ظاهر الرواية نقص من الثمانين خمسة وكذا نقل فيه ولانه منقول عن
قالوا ان ابا يوسف كان يعزر رجلا فقد اوصل تسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا
باصابعه فعقد خمسة عشر ولم يفعل للاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذي
عنده انه اوصل خمسة وسبعين وكان يعرف الضارب حقيقة الحال فاختلفت الروايات عن ابي يوسف
لهذا وقد روي مثل هذا عن عمر وليس بصحيح وانما الصحيح عن ابي يوسف لانه لو كان في هذا نقل عن
عمر لما اعتبر ابو حنيفة التعزير بحد العبد وقيل ان نقصان الخمسة ماثور عن علي وفيه نظر لكن
وهذا لان تقليد الصحابي فيما لا يدرك بالقياس واجب عندنا اصحابنا فقال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير قيل ان ابا يوسف اخذ النقص من الاحرار والنقص من حد العبد والكثير
حد الاحرار مائة واكثر حد العبد خمسون فاخذ نصفا من هذا ونصفا من هذا قلت سلمنا ان المائة
حد هذا والخمسين حد ذاك ولكن لا نسلم اعتبار التعزير بتنصيف كل واحد وكم دليل على التنصيف
جزافا لا سيما من كل واحد منهما ولا دليل ايضا على اعتبار اكثر الحدين وما قاله ابو حنيفة اشبه
بالصواب عندي لتنقص الاقل والفقيه ابو الليث اخذ بقول زفر وعمل بعد ذلك بقوله لان الاربعين
نقص الحد وليس بحد والحد ثمانون وفيه نظر لانا نقول لا نسلم ان الاربعين ليس بحد بل هو حد العبد
في القذف فلا يجوز نفيه مطلقا لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي عمت قوله عليه الصلاة
والسلام من بلغ حدا في غير حد الرواية بتخفيف اللام وبالتشديد له وجه على حذف المفعول الاول
من بلغ التاديب او بلغ المضروب حدا فيما ليس بحد اي في التعزير وقال بعضهم في تقدير المفعول
الاول من بلغ التعزير حدا وذاك ملوث السماع لان المراد من قوله في غير حد التعزير فيكون
تقدير الكلام من بلغ التعزير حدا في التعزير فيعود ما قلنا قوله فصرفناه اليه اي صرف ابو حنيفة
وهو التعزير الى حد العبد فنقصانه سوطا اي من الاربعين قوله وفي رواية عنه اي عن
ابي يوسف قوله وفي هذه الرواية اي وفي رواية القدوري وهي رواية الجامع الصغير
قوله نقلده اي تقلد ابو يوسف عليا قوله ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات اي قدر
القدوري ادنى التعزير في مختصره بثلاث جلدات لعدم وقوع الزجر باقل من ذلك وذكر
من مشايخنا في شروح الجامع الصغير ان ادناه على ما يراه الامام يعني يجتهد الامام في
ذلك قدر ما راى مصلحته تعزيره بذلك لان الناس متفاوتون فواحد ينزجر بادنى خزي

ويعتبر به

ويعتبر به ولا ينزجر باضعاف ذلك الاخرى وروي مثل ذلك عن ابي حنيفة ولهذا
قال في الاجناس قال ابو حنيفة في التعزير ان راى القاضي ان يجلده ولا يخرجه فعل
وهو الى الوالي يعمل فيه برايه وعلى الوالي ان يجتهد بذلك قوله وعن ابي يوسف انه على قدر
عظم الجرم وصغره نقل الناطفي في الاجناس عن الحدود والاملاء رواية ابي سليمان قال ابو يوسف
التعزير على قدر عظم الجرم وصغره وعلى قدر ما يرى الحاكم في ذلك وعلى قدر احتمال المضروب
وعن احتماله لضعف بدنه يجزي في ذلك وقال في نوادر ابن رستم عن محمد في الرجل يشتم
الناس ان كان له مروءة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان شيئا ما ضرب وحبس
قال والمروءة عندي في الدين والصلاح قال في خلاصة الفتاوى سمعت من ثقة ان التعزير
باخذ المال ان راى القاضي او الوالي جاز ومن جملة ذلك لا عشرا لي مثله يجوز تعزيره باخذ
المال الى هنا لفظ الخلاصة وقال في شرح الاقطع روى ابن سماعة عن ابي يوسف انه
قال على قدر ما يراه الامام في كل نوع فيعتبر في كل شيء ما يقرب منه فالقذف بغير الزنا
يعتبر بحد القذف وشرب غير الخمر يقرب من شرب الخمر والوطي فيما دون الفرج يقرب
من الزنا حتى يعتبر كل شيء بنوعه وهذا هو المراد من قول صاحب الهداية وعنه انه
يقرب كل نوع من بابه فيقرب المس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف
يعني يعزر في المس الحرام والقبلة الحرام اكثر جلدات التعزير ويعزر في القذف بغير الزنا كقوله
يا كافر يا خبيث اقل جلدات التعزير قوله قال وان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس
فعل ذلك لان المقصود الحبس دون الضرب فله ذلك ولهذا يجوز ان ينقص من الضرب
ما شاء قوله ان يكتفي به اي الحبس قوله وقد ورد الشرع في الجملة اي في الحبس وهو ما روي
في السنن مسندا الى عمرو ابن الشريد عن ابيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لي الواجد
يحل عرضه وعقوبته قال ابن المبارك يحل عرضه يغلظ له وعقوبته يحبس له وروي
في السنن ايضا ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة قوله ان يضم اي ان يضم الحبس
الى الضرب قوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما يشرع في الحد هذا ايضاح لما
ان الحبس صلح تعزيرا يعني ان الحبس لما كان صالحا للتعزير لم يشرع الحبس بمجرد التهمة قبل
ثبوت التعزير لان الحبس من التعزير فلو جاز قبل ثبوت التعزير لزم تقدم الشيء على نفسه
وهو فاسد ولهذا لم يحبس المشهود عليه بالتعزير حتى يسال عن الشهود ويحبس في الحد

حتى يسأل عن الشهود ولأن الحبس ليس من الحد فلا يلزم ما قلنا قال في شرح الطحاوي التعزير
على أربع مراتب تعزير الأشراف كالدهاقنة والقواد وتعزير أشراف الأشراف كالفقهاء
والعلوية وتعزير الأوساط من الناس وتعزير الخسائس من الناس فتعزير أشراف
الأشراف الإعلام لا غير وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وكذا وتعزير الأشراف
الإعلام والجر إلى باب القاضي وتعزير الأوساط من الناس كالسوقية الإعلام والجر إلى
باب القاضي والحبس وتعزير الخسائس من الناس الإعلام والجر إلى باب القاضي والضرب والحبس
قوله قال أشد الضرب التعزير أي قال القدوري في مختصره أشد التعزير ثم حد الزنا ثم
حد الشرب ثم حد القذف قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير أشد من ضرب الزاني
وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف وضرب
القاذف أخف من جميع ذلك ويجرد من ثيابه إلا في حد القذف فإنه يضرب وعليه ثيابه وقد
مر ذلك وإنما كان ضرب التعزير أشد لأنه ناقص المقدار وهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في
وصفه كيلا يؤدي إلى فوات المقصود أصلا وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته قال في
شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع ويجمع الأسواط في عضو واحد ولا يفرق على الأعضاء
بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك
ما روى أبو عبيدة وغيره أن رجلا أقسم على أم سلمة فضربه عمر ثلاثين سوطا كلها
يبضع ويحذر ومعلوم أن عمر ضربه بسبيل التعزير ويبضع بالضاد المعجمة والعين
المهملة أي يشق ويحذر بالحاء المهملة من باب فعل أي يورم وروي يحدر من الإحدار ثم
ضرب الزنا أشد من ضرب الشارب لأنه ثابت بالكتاب والسنة وسببه وهو من أعظم
الذنوب ولهذا شرع فيه أعظم العقوبات وهو الرجم ألا ترى ما روي في السنن عن عبد الله
ابن مسعود قال قلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الذنب أعظم قال أن تجعل لله
ندا وهو خلقك قال ثم أي قال أن تقتل ولدك خشية أن يأكل معك قال ثم أي قال أن
تزاني حليلة جارك قال وأنزل تصديق قول النبي صلى الله عليه وسلم والذين لا يدعون
مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون الآية وضرب الشارب
لأن سببه وهو شرب الخمر ثابت يقينا بالبينة لكن لم يكن هذا الحد ثابتا بالكتاب بل
بقول الصحابة رضي الله عنهم كان ضربه دون ضرب الزنا وفرق ضرب القذف لأن سببه

ليس

ليس بيقين بل هو مشتبه لاحتمال أنه صادق أو كاذب لأنه ربما يكون صادقا في قذفه ولا
يقدر على إثبات الزنا المقذوف لأنه قلما يحصل من يشهد على فعل المقذوف كالميل في
المكحلة ثم ضرب القاذف أخف من الجميع لما قلنا لأنه حصل فيه التغليظ مرة ورد
الشهادة أبدا لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ولا يغلظ ثانيا لشدة الضرب قوله
ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر هذا لفظ القدوري في مختصره أما هدر
الدم في الحد فبالإجماع وأما في التعزير فقد قال الشافعي في أحد قوليه يلزمه الضمان
في ماله وفي قول آخر في بيت المال كذا في شرح الأقطع ولنا أنه فعل ما فعل بأمر الشارع
ولم يتبين خطأه فلا يلزمه الضمان كما في الحد وهذا لأنه لما كان مأمورا في الحدود
والتعزير أتى بما وسعه من الجلد بحسب الأمر وليس في وسعه أن لا يتلف المحدود
بعد الجلد ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها فلا يجب الضمان كما في الحد ولأنه عقوبة
يستوفيها الإمام لمصلحة العامة فلا يجب به الضمان كالحد ولأن فعل المأمور لا
يكون مقيدا بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ إذا لم يتجاوزا الموضع المعتاد فمات
المفصود أو المبزوغ لا يلزم الضمان فكذا هنا ليس كذلك تعزير الرجل زوجته إذا
ماتت من ذلك حيث يجب عليه الضمان الدية لأنه من قبيل الإطلاقات والإطلاق
يتقيد بوصف السلامة فإذا فاتت السلامة يلزم الضمان كالمرور في الطريق والاصطياد
إذا تلف من ذلك الوجه شيء يلزم الضمان لكونه مقيدا بشرط السلامة وهذا لأن الإطلاق
رفع القيد فبعده يكون الشخص مخيرا في إثبات الفعل وتركه إن شاء فعل وإن شاء ترك
فإذا فعل يفعل باختياره فإذا تلف ضمن وليس كذلك الأمر لأنه إلزام فإذا تلف بأمر
الشارع صار التالف بإماتة الله تعالى ابتداء ولا كذلك هنا ولأن ضرب الرجل زوجته
لمنفعة نفسه وتعزير القاذف بأمر الإمام لمنفعة عامة أهل الإسلام وهي رفع الفساد
من دار الإسلام فصار تعزيره كالحد فلم يجز قياسه على ضربها لعدم المماثلة يقال
ذهب دمه هدرا أي باطلا ويقال في شرح البسيط والدابة من حد منع أي سال دمها
من قوائمها واسم الحديدة الذي يفعل بها ذلك المبزغ وهو كمشرط الحجام قوله وقال
الشافعي يجب الدية في بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب جوابه
سلمنا أن التعزير للتأديب وهنا أيضا وقع تعويض التأديب لكن لا نسلم أن

الاتلاف خطأ لان الاتلاف حصل في ضمن الجلد المامور به وقد اتى الجلاد بما امر به
من الجلد لا بغير ما امر به فكيف يضاف الخطأ اليه قوله غير انه يجب الدية في بيت المال
استثناء من قوله ان الاتلاف خطأ يعني انه لما كان مخطئا بالاتلاف على زعم الشافعي
كان القياس ان يجب الضمان في ماله كما قال في احد قوليه الا انه وجبت الدية في بيت المال
لرجوع نفع الجلد الى العامة فوجب الضمان في مالهم وهو مال بيت المال قوله بامره اي بامر الله
تعالى امانة اي امات الله المجلود من غير واسطة جلد الجلاد والله اعلم

كتاب السرقة

لما فرغ عن بيان المزاجرة الواجبة الى صيانة النفوس كلا واجزاء واقتصارا لابهما شرع في
بيان المزاجرة الواجبة الى صيانة المال واخرها لكون النفس اصلا والمال تبعا وذلك لان
حد الزنا للزجر عن الزنا الذي هو سبب لضياع نفس الولد فكان فيه صيانة النفس
وحد الشرب فيه صيانة العقل الذي هو اشرف الاجزاء في النفس وحد القذف
لصيانة ماء الوجه الذي يتصل بالنفس وانما قلنا ان المال تابع لانه خلق وقاية للنفس
قال الله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قوله السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل
الخفية والاستتار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع قال في
المجمل استرق السمع اذا سمع مستخفيا اعلم ان السرقة في اللغة اخذ المال الغير على سبيل
الاستتار ويراد بها في اصطلاح اهل الشرع اخذ مال محترم شرعا من حرز اجنبي لا
شبهة فيه حقيقة وهو قاصد للحفظ في نومه او غيبته والمعتبر شرعا احترازا عن التافه
وما دون النصاب وقيد الحرز ظاهر وقيد الاجنبي احترازا عن القريب ذي الرحم المحرم
وقيد حرز لا شبهة احترازا عما شبهة فيه وقيد الحقيقة احترازا عن النهب والغصب
والاختلاس وقيد القصد للحفظ احترازا عن النبش وقيد النوم والغيبة احترازا عن الطرار
احترازا عما ابدعه خاطري في كتابنا الموسوم بالتبيين قوله ثم زيد عليه اوصاف في الشريعة
اي زيدت على المعنى اللغوي اوصاف وهي القيود المذكورة في التعريف الذي ذكرته قوله والمعنى
اللغوي اخذ الشيء من الغير على الخفية مراعى فيها اي في السرقة قوله ابتداء وانتهاء وهو ان
توجد الخفية ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار يعني ليلا وهو ان يكون ابتداء
السرقة خفية وانتهاؤها جهرا كما اذا نقب الجدار ليلا حقيقة ثم استيقظ صاحب المال
واخذ السارق منه جهرا مكابرة اعني مقابلة بالسلاح وفي خلاصة الفتاوى ثم السرقة التي يتعلق

بها

بها القطع لها شرائط منها الخفية والاستتار ابتداء وانتهاء او ابتداء بان ينقب
البيت خفية ثم ياخذ صاحب المال من يده مكابرة بان يستيقظ صاحبه ومنها ان لا
يكون للسارق في المسروق ملك ولا شبهة ملك ومنها ان لا يكون السارق ماذونا
بالدخول في المكان الذي سرق منه ومنها ان لا يكون للمسروق منه يد صحيحة على
المال حتى ان السارق من السارق لا يقطع ومنها ان لا يكون ذا المسروق منه بين السارق م
زوجية ولا رحم كاملا ومنها ان يكون المسروق متقوما وان لا يوجد جنسه مباحا
في الاصل ولا يكون تافها ولا يتسارع اليه الفساد ويعتبر قيمته عشرة وقت السرقة
ووقت القطع وذكر الطحاوي ان المعتبر قيمته وقت الاخراج ومنها ان يكون الماخوذ
محرزا قال في الخلاصة ولو كابر انسانا ليلا وسرق متاعه قطع ولو كابره نهارا لا يقطع
بان نقب سرا واخذ متاعه معاينة والقياس ان لا يقطع في الفصلين يعني انما
استحسنوا بالليل لانه اخذه خفية من اعين سائر الناس قوله نقب الجدار بالتخفيف من
حد نصر وروي بالتشديد وقال ضعيف لان التفعيل للتكثير اما في الفعل كما في
طوف اما في الفاعل كما موت الابل واما في المفعول كما في غلقت الابواب ولم يوجد واحد
منها لوجود الفعل والفاعل والمفعول فافهم قوله مكابرة اي مقابلة وملاقية قوله وفي
الكبرى الخ هذا جواب سؤال بان يقال يرد على ما قلت قطع الطريق وهو يسمى السرقة
الكبرى ومع هذا لم يراع فيها الخفية وقد قلت المعنى اللغوي في السرقة مراعى فقال في
السرقة الكبرى ايضا روعي معنى السرقة لغة وهو الاخذ خفية لان قاطع الطريق
ياخذ المال من المارة خفية من عين الامام الذي يحفظ الطريق والمارة بسكونه
ومنعته كما ان السارق في السرقة الصغرى ياخذ المال خفية من عين من يحفظه
مالكا كان او قائما مقامه اي مقام المالك بان يكون صاحب يد امانة او ضمان وقد
مر النظائر قبله قوله قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة
دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع فيه اي قال القدوري في مختصره والاصل
في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وانما خص الصبي والمجنون
لما روي في السنن وغيره مسندا الى علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن
ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل ولان القطع

عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة ثم اختلف العلما في المقدار الذي يجب فيه القطع قال
بعضهم اذا سرق فلسا يقطع كذا في شرح الطحاوي وعن الحسن البصري يقطع في القليل
والكثير وهو قول بعض الخوارج كذا في شرح الاقطع وهو قول داود الاصفهاني كذا ذكر
الفقيه ابو الليث في الجامع الصغير واحتج باطلاق النص وقدر اصحابنا بعشرة دراهم
ومالك في الموطا بثلاثة دراهم وروي عنه بخمسة دراهم وهو المروي عن ابراهيم وابي
سعيد الخدري كذا في الجامع الترمذي وقال ابن ابي ليلى لا يقطع في اقل من خمسة دراهم
كذا قال الحاكم الشهيد في الكافي وما روي عن ابي هريرة وابي سعيد الخدري باربعين درهما
ليس بصحيح والشافعي قدر بربع دينار مصكوك يقوم به السلع وعند احمد ربع دينار من العين
او ثلاثة دراهم من الورق او قيمة ثلاثة دراهم ثم هذا الاختلاف انما نشا باعتبار انه
لم يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في سارق المجن واختلف الرواية
في تقديره نحو ذلك بعض العلما اخذوا بالاقل وبعضهم اخذوا بالاكثر والدليل على
ذلك ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى هشام عن ابيه قال اخبرتني عايشة رض
ان يد السارق لم يقطع على عهد النبي صلى الله عليه وسلم الا في ثمن مجن حجفة او ترس
ثم ان مالكا روى عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع
سارقا في مجن ثمنه ثلاثة دراهم والشافعي احتج بما روي عن عمرة عن عايشة موقوفا و
مرفوعا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا كذا قال ابو عيسى
في جامعه واصحابنا احتجوا بما روي في السنن وشرح الآثار مسندا الى عطا عن ابن عباس
قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم
واصحابنا رجحوا هذا لان في العشرة يجب القطع بالاجماع وفيما دونها خلاف فكان الاخذ بالمجمع عليه
اولى من الاخذ بما فيه لان ادنى درجات الخلاف اثبات الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات
ولان في الاقل شبهة عدم الجنايات ولا حد بالشبهة يؤيده ما روي في الجامع للترمذي عن
ابن مسعود انه قال لا تقطع الا في دينار او عشرة دراهم ثم تكلم العلما ان في الدراهم مضروبة
ام لا نقل صاحب الهداية لفظ القدوري الدراهم بالمضروبة كما رويناه عنه اولا
ثم قال واسم الدرهم ينطلق على المضروبة فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال
في الكتاب وهو ظاهر الرواية يعني ان اسم الدراهم المذكورة في الحديث يدل على كون المضروبة

شرطا

شرطا في وجوب القطع كما قال القدوري في مختصره حتى لو سرق تبرا وزنه عشرة قيمته
انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع وهذا صحيح لكن في نقله عن القدوري نظر
لان الشيخ ابا نصر ذكر في شرح الكبير وهو تلميذ القدوري رواية المختصر معين
بالمضروبة انبت الرواية بقوله مضروبة او غير مضروبة ثم قال اما قوله صاحب
الكتاب عشرة دراهم مضروبة او غير مضروبة وهو قول ابي حنيفة ثم قال وروى بشر
عن ابي يوسف وابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبرا لا يقطع وقال في
التحفة ذكر ابو الحسن الكرخي انه يعتبر عشرة دراهم مضروبة وكذا روي عن ابي يوسف
ومحمد انه لا يقطع في عشرة تبرا ما لم يكن مضروبة وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا سرق
عشرة فيما يروج بين الناس قطع فهذا يدل على ان التبر اذا كان رائجا يقطع الى هنا
لفظ التحفة ثم قالوا يعتبر ان يكون الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة من
الدراهم وزن سبعة مثاقيل من الذهب نوزن درهم اربعة عشر قيراطا ووزن
دينار عشرون قيراطا وماية درهم وزن ماية واربعين مثقالا لان وزن مثقال درهم
وثلاثة اسباع درهم وقد مر في كتاب الزكوة اكثر من هذا وعلى هذا استقر الامر في دولة
عمر وتعلق الاحكام بهذه الدراهم كنصاب الزكوة ومقادير الديات قال في شرح الطحاوي
تعتبر قيمة السرقة وقت السرقة ووقت القطع في رواية الكرخي فانه قال في مختصره
لا يقطع السارق حتى يكون قيمة ما سرق يوم السرقة عشرة دراهم ويوم القطع
عشرة دراهم وتكون القيمة كذلك في الوجهين جميعا الا اذا كان النقصان لعيب دخله
او ذهب بعض العين وان كان النقصان في العين لم يقطع وكذلك اذا سرق في بلد واحد
في بلد آخر القيمة فيه انقص لم يقطع حتى تكون القيمة في البلدين جميعا في السعر عشرة
دراهم وفي رواية الطحاوي تعتبر قيمته وقت الاخراج حتى انه لو نقصت قيمته فصارت
اقل فانه يقطع ثم لا بد من اشتراط حرز لا شبهة فيه اما الحرز فلقوله عليه الصلاة و
السلام لا قطع في حريسة الجبل فيها غرم مثلها وجلدات نكالا فاذا اواها المراح ففيها
القطع ولان الاخذ من غير الحرز يسمى اختلاسا لا سرقة واما اشتراط عدم الشبهة فلان
الشبهة تندرئ بها الحدود لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات
والحرز المكان الحريز وهو الذي يحرز فيه الشيء اي يحفظ المراد من الحرز ما لا يعد صاحبه

مضيعا والحريسة ما امتنع به في الجبل كذا قال ابن دريد احرس حرسا وقال ابو عبيد
الحريسة تفسر تفسيرين فبعضهم يجعلها السرقة نفسها يقال حرست احرس
حرسا اذا سرق فيكون المعنى انه ليس فيما يسرق من الماشية في الجبل قطع حتى
يؤويها المراح والتفسير الآخر ان يكون الحريسة هي المحروسة فيقول ليس فيما
يحرس في الجبل قطع لانه ليس بموضع حرز وان حرس ثم اعلم ان النقد يعتبر بالدراهم
لا بالدنانير ولهذا قال في شرح الطحاوي وان سرق عشرة دراهم بهرجة او زيوفا او ستوقا لا يجب
القطع حتى يبلغ قيمته عشرة دراهم جيادا وكذلك اذا سرق دينارا قيمته اقل من عشرة دراهم
لا يجب القطع وكذلك اذا سرق نصف دينار قيمته عشرة دراهم وجب القطع قوله او ما يبلغ
قيمته عشرة دراهم مضروبة بالجر مضروبة على انها صفة دراهم كما في قوله تعالى اني ارى سبع بقرات
سمان ويجوز النصب على فتح على انها حال من نكرة متقدمة قوله بالمال الخطير يقال رجل خطير
اذا كان خطراى قدر وكذلك كل متاع نفيس خطير كذا قال ابن الدريد قوله ركنه اى ركن السرقة
وهو الاخذ على الخفية وتذكير الضمير على تاويل السرق لانها بمعنى قوله لها اى لمالك والشافع
في ثمن المجن وهو اكثر من سمي به لستره صاحبه من جنة الليل واجنة وجن عليه اى ستره
والجنة الترس الصغير لطارق بين جلدين كذا في الجمل قوله اعتبر الشافعي بقول كانت الدنانير قيمة
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها اى ربع اثني عشر
درهما ولقائل ان يقول سلمنا ان الدينار فان كان كذلك والثلاثة كذلك ولكن لا نسلم انه اذا
كان كذلك يلزم منه اشتراط ربع الدينار لوجوب القطع فلا بد من بيان انه وعن ذكرناه
انفا قوله سرق عشرة تبرا التبر ما كان من الذهب والفضة غير مصوغ كذا قال صاحب
ديوان الادب قوله والمعتبر وزن سبعة مثاقيل مر ذكره انفا قوله تعتبر قيمته بها اى قيمة
غير الدراهم بالدراهم قوله وسنبينه من بعد اى سنبين ما حرز في فصل الحرز ان شاء الله تعالى
قوله والعبد والحر في القطع سواء هذا لفظ القدوري في مختصره وانما كان سواء لعموم النص قال الله
تعالى السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا ولم يفصل بين العبد والحر
فيجب على العبد مثل ما يجب على الحر ولانه عقوبة لا تحتمل التجزية للتنصيف فيستويان كما في
القصاص قوله ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا لفظ القدوري وهو قول ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف يشترط الاقرار مرتين وهو قول ابن ابي ليلى كذا قال الحاكم الجليل الكافي

وكذا

وكذا يشترط ابو يوسف الاقرار مرتين في شرب الخمر ايضا كذا في المختلف وروي عنه انه
لا يجب القطع حتى يقر مرتين في مكانين مختلفين كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير وذكر بشر رجوع ابي يوسف الى قولهما ووجه قول ابي يوسف ما روي
في السنن وشرح الآثار مسندا الى ابي امية المخزومي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي
بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك
سرقت قال بلى يا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعادها رسول الله صلى الله عليه وسلم
مرتين او ثلاثا فامر به فقطع فعلم بهذا ان الاقرار واحدة لا يوجب القطع ولان النبي
صلى الله عليه وسلم اعتبر اربع مرات الاقرار ولان الاقرار احدى الحجتين الشهود في الزنا
اربعة كان الاقرار ايضا اربعة وههنا عدد الشهود اثنان فينبغي ان يكون عدد الاقرار ايضا
اثنين يؤيده ما حدث الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى علي بن ابي طالب ان رجلا اقر عنده
بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع وعلقها في عنقه
ولابي حنيفة ومحمد ما حدث الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى ابي هريرة قال اتي بسارق
الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هذا سرق فقال
ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به
قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل
فقال تاب الله عليك فعلم ان التكرار ليس بشرط وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم اوهن
على امر اتفاقي لا قصدي ولان السرقة تظهر بمرة فلا حاجة الى التكرار وهذا لا يعتبر التكرار
في الاقرار بالقصاص وحد القذف بالاتفاق ثم التكرار في الاقرار بالسرقة اما ان يكون لاجل
الحد او لاجل المال فان كان الاول فلا فائدة في التكرار لان الاقرار وان تعدد وتكثر يسقط الحد
بالرجوع لان حق الله تعالى كحد الزنا وان كان الثاني فلا فائدة في التكرار ايضا لانه لا يصح الرجوع
وان تكرار الاقرار يوجب المكذب في حق المال وهذا معنى قوله وباب الرجوع في حق الحد لا يسد
بالتكرار الخ ولا يصح قياس الاقرار بالسرقة على الاقرار بالزنا في اشتراط العدد لان ذلك ثبت
بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قوله قال ويجب بشهادة شاهدين اى قال القدوري
في مختصره ولفظه فيه يجب القطع باقراره مرة واحدة او بشهادة شاهدين اما ثبوته
بالاقرار مرة واحدة ففيه خلاف قد مر بيانه انفا واما ثبوته بشهادة شاهدين فبالاجماع

لتظهر السرقة ولان القطع عقوبة تتعلق استيفاؤها بمطالبة الادمي كالقصاص
قوله وينبغي ان يسالهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة
الاحتياط اما السؤال عن الكيفية بان يقال كيف سرق فلاحتمال انه نقب البيت فادخل
يده واخذ المتاع فذهب حينئذ لا يقطع على ظاهر الرواية خلافا لما روى عن ابي يوسف
في الامالي وكذا اذا ناول صاحبا له على الباب لا يقطع واحد منهما لانه في الاول يختلس لانه هتك
الحرز لا هتك الحرز في البيت لا يكون الا بالدخول بخلاف صندوق الصيرفي وفي الثانية
لم يوجد الفعل الموجب للقطع على التمام من كل واحد منهما بخلاف ما اذا رمى الثوب من البيت
الى الطريق ثم خرج فاخذ حينئذ يقطع لان الفعل الموجب للقطع تم به وحده واما السؤال عن الماهية
بان يقال ما هي فلاحتمال ان المسروق شيء تافه او ما يتسارع اليه الفساد او مال ذي رحم محرم
منه او مال فيه شركة للسارق او مال احد الزوجين او دراهم المديون اخذها السارق
بقدر حقه او اقل من قدر النصاب ويحتمل ان الشاهدين سمياه الى السرقة لاستراق
الكمال كما قال الله تعالى الا من استرق السمع او لانه لم يعتدل في الركوع والسجود وقد ورد
في الحديث ان اسوأ الناس سرقة من سرق من صلاته فلابد اذن من السؤال عنها واما
السؤال عن الزمان بان يقال متى سرق فلاحتمال التقادم لان التقادم في الحدود الخالصة
حقا لله تعالى يبطل الشهادة للتهمة بخلاف الاقرار لعدم التهمة قال بعضهم في شرحه
في هذا الموضع ما ذكره في الكتاب مطلقا من قوله وزمانها مخصوص بما اذا ثبت السرقة با
لبينة وهذا كلام عجيب منه لان المصنف انما اجرى كلامه في سؤال الشاهدين عن زمان السرقة
وقد صرح بذلك فكيف يكون مطلقا عن البينة واما السؤال عن المكان فلاحتمال انه سرق
من دار الحرب او سرق من مستامن في دارنا لا قطع فيه استحسانا لان حرمة ماله مؤقتة
لا مؤبدة او سرق من غير الحرز او من بيت اذن له بالدخول او في حمام نهارا او بالليل يقطع
لانه لا يؤذن بالدخول في الليل ذكره في شرح الطحاوي قوله وحبسه الى ان يسال عن الشهود
للتهمة بالنصب عطفا على قوله ان يسالهما يعني ان يحبس الامام السارق لانه صار متهما
بالسرقة تعزيرا عليه وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة وقد مر ذلك
في اول كتاب الحدود وانما حبسه الى ان يسال عن عدالة الشهود لان التوقف بالكفالة ليس
بمشروع فيما مبناه على الدرء والقطع قبل التعديل لا يجوز لعدم التلافي اذا وقع الغلط فتعين

الحبس

الحبس كيلا يفوت الحق بالهرب قال الحاكم الشهيد في الكافي فان زكي الشاهدان والمسروق
منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع حتى يحضروا
وقال ابو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذلك الموت وكذلك هذا في
كل الحد وسوى الرجم وبعض القصاص اذ لم يحضروا استحسانا الى هنا لفظ الحاكم قوله قال
واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع
اي قال القدوري في مختصره وقوله اقل اي اقل من عشرة دراهم فحذف للعلم به كما في قوله تعالى
يعلم السر واخفى اي واخفى من السر هذا الذي ذكره فيما اذا لم يكن بين الجماعة صبي او مجنون او
اخرس او ذو رحم محرم من صاحب واذا كان واحد منهم في الجماعة لا قطع وعند ابي يوسف ان
ولي الصبي او المجنون اخراج المتاع فلا قطع وان ولي غيرهما قطع الولي ذكر القدوري في شرحه
لان المتبوع والمقصود فعل من ولي الاخراج ولنا ان اخذ الشركاء لم يجب عليه فلا يجب
على غيره كالمخطئ والعامد اذا اشتركا في القتل العمد وقال مالك اذا اشترك جماعة في سرقة
نصاب وجب القطع عليهم والنصاب ثلاثة دراهم عنده وقد مر وله ان الفعل الموجب
للقطع سرقة نصاب وقد وجد فيقطعون ولنا ان كمال النصاب لم يوجد في حق
كل واحد منهم فلا يقطعون فصار كما لو سرق كل واحد بانفراده ما دون النصاب ولا
يرد علينا ما اذا قتل جماعة واحدا حيث يجب عليهم لان القصاص متعلق باخراج
الروح والروح وذلك معنى لا يتجزى فصار كل واحد منهم كالفاعل للجميع والمال يتجزى
وينتقص نصاب كل واحد منهم حال الاشتراك لفعله حال الانفراد لا قطع فيما دون
النصاب فكذا في حال الاشتراك بخلاف ما اذا سرق واحد عشرة دراهم من عشرة حيث
يقطع وهي مسئلة المبسوط لان الفعل الموجب للقطع كمال النصاب وقد وجد والله اعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع لما فرغ عن تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها
شرع في بيان المحل الذي يقطع عليه السرقة بحيث يوجب القطع او لا يوجبه لكن كان ينبغي
ان يذكر المسئلة المتقدمة في هذا الباب لانها لا تدخل في تفسير المعطوف عليه اذا اصاب
كل واحد من الجماعة عشرة دراهم ويدخل في تفسير المعطوف ان اصابه اقل من ذلك قوله لا يقطع
فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير
والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة وهذه من مسائل القدوري الا انه لم يذكر في مختصره

الزرنيخ والمغرة والنورة وهي مذكورة في الجامع الصغير قال في شرح الطحاوي الاصل في هذا
كل ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام ولم يوجد فيه صنعة تربي قيمته على قيمة الاصل ولم
يجر العادة باحرازه لا يجب القطع واما العاج والابنوس فانه يقطع فيهما لان العادة جارية
باحرازهما فكذلك لا نقطع في الزرنيخ والنورة والجص والمغرة لان هذا كله يوجد مباح الاصل
وكذلك الوسمة والحنا وقيل ان في الوسمة والحنا يقطع في بلادنا لانه قد جرت العادة باحرازها وقد
يقطع في الخشب اذا كان معمولا لانه وجدت فيه صنعة تربي قيمته على قيمة الاصل هذا كله في
شرح الطحاوي وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عن ابي يوسف في نوادر ابن هشام انه
قال انا اقطع في كل شيء سرق الا في التراب والسرقين قال في شرح الاقطع وهو قول الشافعي
وزعم اصحابه ان في الماء والتراب وجهين وروي عن ابي يوسف في الاملاء انه قال اقطع الا
في الخشب وفي الاملاء قال ابو يوسف يقطع الا في التراب والماء والطين والجص والملح في كل شيء
والنبيذ والاصل هنا ما روي في السنن مسندا الى رافع بن خديج انه سمع رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر جمار النخل كذا في الجمهرة وغيرها وقيل
قيل صغار النخل والمعنى فيه انه يوجد تافها وروي عن عائشة انها قالت كان لا يقطع
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء التافه وعن عثمان وعلي لا قطع في الطين
وجه ما روي عن ابي يوسف انه مال متقوم فصار كاللؤلؤ والياقوت وهو محجوج بما روينا فانه
ينبغي ان يجب القطع في الزرنيخ لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال
بخلاف الخشب فانه يبقى خارج الدار وانما يدخل فيها للعمارة وكان احرازا ناقصا والتافه
الحقيرة اليسيرة كذا في ديوان الادب والمباح ما يتخير فيه العاقل بين التحصيل والترك
والمغرة الطين الاحمر وهو بالفتحات الثلاث بفتح العين ويجوز تسكين عينها والنورة
معروفة بالواو لا بالهمزة قوله وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه خبر
وكلمة ما موصولة وقع مبتدأ خبره محذوف وصلته الجملة الفعلية الواقعة بعده وفيها ضمير
راجع اليه وقوله غير مرغوب منتصب على انه صفة قوله مباحا وانما قيد بقوله مباحا في
الاصل بصورته احترازا عن الخشب المعمول صنعة ابوابا ونحو ذلك فان فيه القطع وكذا
يجب القطع في الحصير البغدادية وان كان اصلها يوجد مباحا لان صورها تغيرت ثمنا
بالصنعة المتقومة واما قيد بقوله غير مرغوب فيه احترازا عن الذهب والفضة لوجود

الرغبة

الرغبة فيهما فانتفى الحقارة عنهما وكذلك اللؤلؤ وسائر الجواهر قوله لا يضن به اي لا يبخل
به ضنائن بفتح الضاد من المضارع وكسرها جميعا قوله فعلى يوجد اخذه على كره اي
قليل لحاق المشقة بالمالك اذا اخذ ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب
فيه لان الضنة بالاشياء الحقيرة من غاية دناءة الهمة وخسة النفس فلا حاجة اذن
الى شرع الزاجر باخذها خفية لعدم الرضا من المالك غالبا يقال الكره والكره لغتان
بمعنى المشقة في الضعيف والضحى وكتابه قبلا وظاهرا موصولة على ما نقل المطرزي في
الايضاح عن ابن جني ولكن ابن درستويه لم يجوز ان يوصل شيء من الافعال ما سوى نعم
وبئس هذا اذا كانت كافة واذا كانت مصدرية فليس الا الفصل وقيل الكره المشقة
والكره ان يكلف الشيء فيعمله كارها قوله وكذا الشركة القائمة التي كانت فيه وهو على
تلك الصفة تورث الشبهة هذا ايضاح لنقصان الحرز فيما يوجد جنسه مباحا في الاصل
بصورته غير مرغوب فيها عطفا على قوله الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب يعني ان جميع
الناس كانوا فيه سواء قبل وجود يد الاختصاص لواحد منهم فبعد وجود الاختصاص
اورثت تلك الشبهة الشركة لان الشيء على صورته كما كان يعتبر بصيغة متجددة فصار
كمال بيت المال والغنيمة فلم يجب القطع للشبهة قوله ويدخل في السمك المالح والطري اي
يدخل في اطلاق القدوري لفظ السمك رطبة ويابسة وهو المالح المقدد ونص الكرخي
على ذلك يقال سمك مليح ومملوح ولا تلتفت الى قول الراجز بطعمها المالح والطري ان زاك
مولد لا يؤخذ بلغته كذا قال ابن دريد وفي الطير الدجاج والبط والحمام يدخل
في اطلاق القدوري لفظ الطير والدجاج والبط والحمام يعني لا يقطع قال الفقيه ابو
الليث في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه قال بعضهم اراد به الطائر الذي يكون
صيدا سوى الدجاج والبط فيجب القطع لانه بمعنى الاهل وقال بعضهم لا يجب القطع
في جميع الطيور وهذا قول اصح ثم قال وذكر في كتاب المجرد لو سرق شيئا من الدجاج او البط
او الحمام لا يجب القطع لما ذكرنا اشارة الى قوله الطير يطير والصيد يفر يعني ان الطيران
والفرار دليل نقصان الحرز فلم يقطع هذا لانه صار كالشيء الذي لا يبقى قوله ولاطلاق
قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في الطير رواه البيهقي عن عثمان وعلي في اسناده الى
النبي صلى الله عليه وسلم نظر قوله والحجة عليهما ما ذكرناه اي الحجة على ابي يوسف والشافعي

ما ذكرناه من حديث عائشة رضي الله عنها قوله ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن
واللحم والفواكه الرطبة اي قال القدوري في مختصره وعن ابي يوسف ان عليه القطع وبه قال
الشافعي كذا في شرح الاقطع ولابي يوسف ما روي في شرح الآثار ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فقال لا قطع فيه الا ما آواه الجرين وبلغ ثمن المجن
ففيه غرامة مثله وجلدات نكال وروي في الصحيح للبخاري عن ابي هريرة عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ولنا ما روي في السنن مسندا
الى رافع بن خديج انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر وروى
الحاكم الشهيد في الكافي عن الحسن البصري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع
في طعام والمراد الطعام الذي لا يبقى ويتسارع اليه الفساد ففي ماليته قصور كالخبز واللحم و
التمر بدليل وجوب القطع في الحنطة والسكر بالاجماع والجواب عما رواه ابو يوسف فنقول
المراد بما آواه الجرين الفواكه اليابسة اجرى الكلام على وفاق العادة فيجب القطع في الرواية
المشهورة عن ابي حنيفة وعنه انه لا قطع فيها ايضا ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي
وفسر البيضة ببيضة الحديد لا ببيضة الطير لانه لا يبلغ نصابا عادة وهذا التفسير
روي عن الاعمش في الصحيح البخاري قال ابو عبيدة الكثر جمار النخل في كلام الانصار وهو
الجذب ايضا قال ابن دريد اهل العراق يسمون الجمار الجذب وقال صاحب الهداية وقيل
الودي والودي هو الفسيل وهو صغار النخل فاقول تفسير الجمار بالودي لم يثبت في كتب
اللغة والجمار شحم النخل كذا ذكر صاحب ديوان الادب وهي شيء ابيض رخو يؤكل مثل لسان
الثور وقال ابو عبيدة في كتاب غريب الحديث الجرين هو الذي تسميه اهل العراق البيدر و
اهل الشام الاندر واهل البصرة الجوخان ويقال له ايضا بالحجاز المربد وقال في المغرب
الجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن وجران البعير مقدم
عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز ان يسمى به هذا الجران المتخذ منه قوله والمراد والله
اعلم ما يتسارع اليه الفساد اي المراد من الطعام المذكور في قوله عليه الصلاة والسلام
لا قطع في الطعام قوله كالمهيا للاكل نظير قوله ما يتسارع اليه الفساد والمهيا المعد
وما في معناه اي في معنى المهيا للاكل وقوله والتمر نظيره قوله ما في معناه قوله وفيه القطع
اي وفي اليابس من التمر قوله قال ولا قطع في ثمر وكثر ولانه يسرع اليه الفساد فكان معنى المالية

ناقصا ولان شرط القطع هتك الحرز ولم يوجد الحرز وقال في شرح الطحاوي ولا قطع على
سارق الحنطة وان كان محرزا لانه تناول دفع ضرورة المخمصة وقد جاء في حديث لا قطع
في عام سنة ولا في عذق معلقة قوله ولا يقطع في الاشربة المطربة هذا لفظ القدوري
في مختصره يقال اطربه فطرب والطرب اي يستخف لفرح او حزن قال الشاعر واراني طربا
في اثرهم طرب الواله كالمختبل كذا انشد ابن دريد والمراد منها الاشربة المسكرة وبه كذا صرح
فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما لا يقطع منها لان بعضها حرام كالخمر فتناول سارقها
اراقتها وبعضها مختلف في اباحته فيكون شبهة في سقوط القطع لان الاختلاف في
اباحته يورث الشبهة في عدم المالية قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
في باب الاشربة ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال في قول ابي حنيفة
حتى ان الحد لا يجب منه وان سكر في قوله وروي عن محمد ان ذلك حرام يجب الحد بالسكر الى
اخر ما ذكر في باب الاشربة وقال في سرقة الاصل يقطع في الخل ونقل الناطفي عن كتاب
المجرد قال ابو حنيفة لا قطع في الخل لان الخل قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي سليمان بروايته
علي بن الجعد لا قطع في الرب والجلاب قوله ولا في الطنبور وهذا لفظ القدوري في
مختصره وقال في شرح الطحاوي ولا قطع على سارق الملاهي كالدف والطبل والمزمار
ونحوها لانه لا ضمان على كاسرها عند ابي يوسف ومحمد فاوجب قصورا في ماليتها فصار
ذلك شبهة في سقوط القطع وقال في الفتاوى الولوالجي رجل سرق طبلا للغزاة وهو يساوي
عشرة تكلموا فيه والمختار انه لا يقطع فيه لانه كما يصلح للغزو يصلح للهو فتمكنت الشبهة
قوله لانه من المعازف قال في الجمهرة المعازف الملاهي فقال قوم من اهل اللغة هو اسم يجمع
العود والطنبور وما اشبههما وقال اخرون بل المعازف التي يستخرجها اهل اليمن الى هنا
لفظ ابن دريد فيها قوله ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية هذا لفظ القدوري في
مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي لا قطع على سارق المصحف وان كان مفضضا
كذا ذكر الطحاوي في مختصره ايضا وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عن ابي يوسف
في الامالي يقطع سارق المصحف وبه اخذ الشافعي وروي عن ابي يوسف رواية اخرى
انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا ولابي يوسف انه مال متقوم يباع ويشترى فيجب فيه القطع
وجه الظاهر ان المقصود ما فيه من القرآن ومعنى المالية فيه تبع لا مقصود وكان احراز

المصحف لما فيه لا لاجل الجلد والاوراق والحلية والاخذ يتناول النظر فيه والقراءة
وكان ذلك شبهة سقوط الحد فان قلت يجب القطع في الاوراق قبل الكتابة
فبعدها اولى لانها ازدادت بها قلت صارت تابعة لما فيها وما فيها ليس بمال كالقلادة يجب
فيها القطع فاذا سرق كلبا عليه القلادة لا يقطع لانها صارت تبعا للكلب وكالآنية
المزينة على النصاب اذا سرقها وفيها خمر لا يقطع قال وانما هي توابع اي الجلد والاوراق والحلية
توابع قال يتلى اي يتلى قال ولا يقطع في ابواب المسجد قال في الجامع الصغير لا يقطع من سرق
ابواب المسجد وهو من الخواص وذلك لانها ليست بمحرزة الا ترى انه لو سرق باب الدار
لا يجب فيه القطع وانما يجب فيه الضمان فهنا اولى ان لا يجب لان باب الدار يحرز به ما
فيها اما باب المسجد فلا يحرز ما فيه ولهذا لا يقطع سارق متاع المسجد لانه ماذون
بالدخول فيه كسائر الناس قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان اعتاد هذا الفعل
اي سرقة ابواب المساجد فيجب ان يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب قال ولا الصليب
من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لا قطع في هذه
الاشياء ان كانت من ذهب وبه صرح القدوري في شرح مختصر الكرخي وانما لا يقطع آخذها
لانه يتأول الكسر لانه يجوز ذلك نهيا عن المنكر ويضمن مثل ذهبه وزنا بخلاف الدراهم
عليها تماثيل اذا سرقها من حرز يجب القطع لانها ليست بمعدة للعبادة ولا للهو وعن ابي يوسف
ان كان الصليب في مصلاهم لا يقطع لانه بيت ماذون في دخوله وان كان في بيت رجل
منهم يحرز عنده قطع لان الذهب والفضة في نفسه يجب به القطع والصيغة لا تؤثر
في اسقاط القطع فبقي الوجوب بحاله كذا ذكر القدوري في شرحه والصليب شيء مثلث
تعبده النصارى والصليب في شعر ابي خراش الهذلي بمعنى ودك الميتة قال جريمة ناهض
في راس نيق ترى لعظام ما جمعت صليبا والشطرنج بكسر الشين على وزن قرطعب
والمراد من المصلى موضع صلاتهم قال ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي
وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا ولهذا لم يذكر الخلاف
الحاكم الشهيد في الكافي وكذا لم يذكر شمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وصرح صاحب
الهداية بانه ايضا روى عن ابي يوسف يقطع فعلى هذا كان ينبغي ان يقول صاحب الهداية وعن
ابي يوسف يقطع فعلى هذا كان اذا كان عليه حلي هو نصاب مكان قوله وقال ابو يوسف يقطع وجه

تلك

تلك الرواية انه سرق ما يجب فيه القطع لا يسقط القطع كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي
نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة ووجه الظاهر ان الصبي هو المقصود بالاخذ وهو ليس
بمال وما عليه لانه تبع فلو كان المقصود ما عليه لاخذه وترك الصبي فلما لم يفعل كذلك
علم ان المقصود هو الصبي فلا يجب فيه القطع لعدم المالية فاذا لم يجب القطع في المقصود لا
يجب في التبع على انا نقول ان اللص بل التاويل انه اراد حمله الى مرضعه او اراد اسكاته
وجواب عن قياسه ان السارق اذا علم الدراهم يقطع وان لم يعلمها لا يقطع نص عليه
الحاكم الشهيد في الكافي لان المقصود في الاول الدراهم وفي الثاني الثوب قال فاما ما عليه من
الحلي بفتح الحاء وسكون اللام على وزن ظبي كل ما لبس من ذهب او فضة او جوهر وجمعه حلي بضم
الحاء وكسر اللام وتشديد الياء ويجوز كسر الحاء ايضا وجمع الحلية حلى بالكسر والقصر وذكر بضم
الحاء ايضا وليس بقياس قال على هو نصاب الحلي هنا مفرد بدلالة افراد الضمير وذكره لسرقته
اي لسرقة الحلي الذي هو النصاب فكذا مع غيره اي فكذا يقطع اذا كان الحلي مع غيره وهو
الصبي قال والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه وذلك لان الصبي اذا كان يمشي ويتكلم
يكون في يد نفسه فلا يقطع اللص اتفاقا وبه صرح البيهقي في كتابه قال ولا قطع في سرقة العبد
الكبير وهي من مسائل القدوري قال الحاكم الشهيد في الكافي وان سرق صبيا صغيرا مملوكا لا
يعقل قطع فيه في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن ان لا اقطعه فان كان يعقل
ويتكلم لم يقطع فيه في قولهم جميعا لانه غصب او خديعة الى هنا لفظه لسرقته انه ادمي من وجه
مال من وجه فصار كونه ادميا شبهة في سقوط القطع كالعبد الكبير ولهما ان حقيقة السرقة
وهو اخذ مال محترم لا مستحق خفية من حرز لا شبهة فيه وهو ما حصن للحفظ قد وجدت فيجب
القطع لانه لا يد له على نفسه فصار كالبهيمة بخلاف ما اذا كان يعقل ويتكلم فانه في يد نفسه
وسرقته ليست بسرقة في الحقيقة بل غصب او خداع ولا قطع في ذلك قال الا اذا كان يعبر
عن نفسه استثناء من قوله لم يقطع يعني لا يقطع اذا كان معبرا عن نفسه بان يعقل ويتكلم
يعني العارض يقال عرض له عرض اي اصابه عارض من مرض وغيره ذلك قال ولا قطع في
الدفاتر كلها ولفظ القدوري ولا قطع في الدفاتر كلها الا في دفاتر حساب وروى القدوري
في شرحه عن ابي يوسف انه يقطع والمراد بالدفاتر صحائف فيها كتابة من عربية او تفسير
او حديث او شعر او غير ذلك وانما يجب القطع في سائر الدفاتر لان المقصود من آخذها

وما فيه لا نقش الاوراق وما فيها ليس بمال فلا يجب القطع في غيرها بخلاف دفاتر الحساب
وهي دفاتر اهل الديوان حيث يقطع فيها اذا بلغت نصابا فان المقصود من اخذها الاوراق
لا ما فيها فيجب القطع لان الاوراق مال قوله قال ولا في سرقة كلب ولا فهد اي قال القدوري في
مختصره لا قطع في سرقتهما لان جنس ذلك يوخذ مباحا في دار الاسلام ولا قطع في
التافه وقد مر بيانه ولان في ماليتهما قصورا الا انه لا يجوز بيعهما عند الشافعي فكان المعقود
شبهة في سقوط القطع قوله ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار وهذه من مسائل
القدوري لانه لم يذكر في مختصره البربط وقال في الجامع الصغير قال ابو حنيفة في الذي
سرق بربطا او طبلا لا يقطع وهذه كلها الات اللهو معروفة والدف بضم الدال وفتحها
جميعا كذا ذكره ابن دريد ولا قطع في هذه الاشياء بالاتفاق اما عندهما فظاهر لعدم
التقوم ولهذا لا ضمان على ما يتلفها عندهما واما عند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان
لغير الملاهي فلا قطع على سارقها لان الاخذ يتاول في الاخذ الكسر نهيا عن المنكر وفي طبل
الغزاة اختلاف المشايخ والاصح انه لا يقطع لان صلاحيته للهو صارت شبهة وقد مر
عند ذكر الطنبور قوله ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل هذا لفظ القدوري
وذلك لان هذه الاشياء لا توجد مباحة في دار الاسلام وهي تحرز وتعد من اعز الاموال وانما توجد
مباحة في دار الحرب ولا يكون ذلك شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال من الدراهم و
الدنانير مباحة في دار الحرب ولا يكون ذلك شبهة ومع هذا يقطع في دارنا والساج نوع
من الشجر معروف يحمل من بلاد الهند الى سائر البلاد والقنا جمع القناة وهي خشبة الرمح
من الواو والابنوس بفتح الباء معروف وهو معرب قوله ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت و
الزبرجد وهذه من مسائل الجامع الصغير قال الحاكم الشهيد في الكافي ويقطع في اللؤلؤ والياقوت
والزمرد والفيروزج ولا يقطع في الزجاج وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر
هشام عن محمد لا قطع في اللؤلؤ والياقوت ونحو ذلك لان اصله مباح كالزرنيخ ونحوه ووجه الظاهر
انها اموال نفيسة ليست توجد في دار الاسلام مباحة بصورتها غير مرغوب فيها فصارت
كالذهب والفضة وانما لا يقطع في الزجاج لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقصا في المالية هذا
هو ظاهر الرواية في الزجاج وذكر في شرح الاقطع رواية اخرى عن ابي حنيفة ان فيه القطع كالخشب
اذا عمل منه اواني قوله واذا اتخذ من الخشب اواني او ابواب قطع فيها هذا لفظ القدوري في مختصره

يعني

يعني بالخشب ما ليس فيه القطع فاذا اتخذ من الخشب الذي لا قطع فيه اواني كالقصاع
ونحوها وابواب فسرقت من حرز يجب القطع فيها وذلك لان الصيغة الغالبة اخرجته
من حكم اصله فالحق بالاموال النفيسة بخلاف البواري والاجر والفخار حيث لا يجب القطع
فيها لان البواري من القصب والاجر والفخار من الطين لم يغلب الصيغة فيها على قيمتها
ولهذا يلقى او يبسط الاجر والبواري في غير الحرز بخلاف الحصير البغدادي حيث قالوا يجب
القطع فيها اذا بلغت نصابا لغلبة الصيغة ثم انما يجب القطع في الباب اذا سرق
من حرز اما اذا سرق وهو مركب على الجدار فلا قطع فيه لانه ظاهر غير محرز والى هذا
اشار الحاكم الشهيد في الكافي بقوله ويقطع في الساج في الابواب المعمولة اذا سرقت من حرز
وقد كان صح قبل هذا اذا سرق باب دار او مسجد لم يقطع لانه ظاهر لم يحرز قال صاحب
الهداية انما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقل فيه لا يرغب في سرقته
اي بواسطة الثقل اي انما يجب القطع في الباب اذا كان خفيفا لا ثقيلا وفيه نظر لان عدم
الرغبة في سرقته بواسطة الثقل لا تورث نقصانا في المالية ولا في الحرز فاذا حصلت
سرقة مال من حرز مستقيم كامل فيجب القطع ولهذا لم يفرق الحاكم بين الخفيف والثقيل بل
اطلق الرواية وكذلك اطلق الرواية في نسخ الجامع الصغير وشروحها وكذلك القدوري
اطلق في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي ايضا وكذا اطلق في الشامل في قسم المبسوط
قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة هذا لفظ القدوري في مختصره قال فيه ولا قطع على خائن
ولا خائنة ولا نباش ولا منتهب ولا مختلس الخائن والخائنة اسم فاعل وفاعلة من الخيانة
وهو ان ياخذ الوديعة المامونة والانتهاب ان ياخذ الشيء علانية قهرا من بلدة او قرية او اختلاس
الاختلاس وهو ان ياخذ الشيء بسرعة والاسم الخلسة وفي المثل بين الحد باد الخلسة
ولا خلاف في هذه الجملة الا في النباش وسنذكره ان شاء الله تعالى هذا وانما لا يجب القطع
فيها لما روي في السنن والجامع الترمذي بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع رواه جابر بن عبد الله ولان الحرز قاصر
في الخيانة وكان شبهة في سقوط القطع والانتهاب والاختلاس لم يوجد معنى السرقة
وهو الاخذ على الخفية فلا تثبت فيها حكم السرقة اما النباش لانه دخل على الميت فلا قطع
عليه عند ابي حنيفة ومحمد ويقطع عند ابي يوسف وقال حماد بن ابي سليمان يقطع النباش

لانه دخل على الميت سنه ذكره في السنن وقال مالك في الموطا انا بلغنا ما اخرج من القبر ما
يجب فيه القطع قطع وقال الشافعي لا قطع على النباش في تربت صايعة وبقطعه
اذا سرق الكفن من قبر في بيت محروس ومن مقابر البلاد وجهان وحيث يجب ففي الثوب
الموضوع مع الكفن او الملفوف زيادة على السعد والشرع وجهان ثم الكفن للوارث فهو
الخصم في السرقة وان كفنه اجنبي فالطلب للاجنبي وقال احمد بن حنبل اذا اخرج النباش
من القبر كفنا قيمته ثلاثة دراهم قطع لهم ما روي عن عايشة انها قالت سارق امواتنا
كسارق احيائنا وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من نبش قطعناه ولانه مال
ماخوذ عن خفية من حرز فيقطع فيه كما في السطو وهذا لانه يعتبر حرز كل شي بحرز مثله
وهو يحفظ فيه عادة ولهذا كان الصندوق حرز الدرة وكان الاسطبل حرز الدابة
فيكون القبر حرز الكفن قلنا ما روى محمد بن الحسن في الاصل قال بلغنا عن ابن عباس
وعامة اصحابنا ان النبي صلى الله عليه ان مروان سالهم عن ذلك فلم يبوا له سببا فعزره
اسواطا ولم يقطعه نعم انذلك ان قطع الناس ليس بثابت عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم فلو كان ثابتا لسبه اصحابه حين سالهم مروان ولم يخف عليهم مع كثرتهم
ولان الكفن ليس بمملوك لاحد ولا يجوز ولا قطع في اخذ غير المملوك ولا في اخذ غير الحرز فلا يكون
في اخذ الكفن قطع بيانه انه ليس بمملوك ولو كان مملوكا لا يخلوا اما ان كان مملوكا للميت او
للوارث وكلاهما باطل ولا يكون مملوكا وهذا لان الموت مناف للملك اصلا والوارث ان
نبش القبر واخرج الكفن يقطع عند الشافعي فلو كان ملكا له لم يقطع لان الانسان لا
يقطع في ملك نفسه وبيانه انه ليس بحرز لو كان القبر حرزا لوجب القطع في مال اخر موضع
فيه فاذا انتفى الوجود انتفى كونه حرزا بلا حرز فقد ثبت بالاجماع على كون الحرز شرطا لوجوب
المشروط للمحالة ولان النبش جناية غالبة الوجود يميل اليها طباع الناس ونفوس البشر
لولا العقول المانعة والزواجر الشرعي فلا يجوز اثبات حكم السرقة في النبش بالقياس لعدم
المماثلة بينهما لوجود الفارق بخلاف النظر فان الحكم اذا ثبت في الادنى بطريق الزجر ثبت
في الاعلى بطريق الاولى كما ثبت حرمة الشتم والضرب والقتل لما ثبت حرمة التافيف
على انا نقول قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة
اهل بنية قال في ديوان الادب اختفاه اي اخرجه وقال في المجمل والنباش مختف لانه يستخرج

الاكفان وقولهم لان الكفن محرز بحرز مثله وهو ما يحفظ فيه عادة لا نسلم ان الكفن وضع
في القبر لحفظ الكفن بل يستر عورة الميت لا كتفى في الكفن فانه للبلى والتلف لا محالة فاذا
لم يكن بقا الكفن وحفظه مطلوبا فكيف يكون محرزا فان قلت النبش سرقة والسرقة
يجب فيه القطع فيجب في النبش القطع قلت لا نسلم ان النبش سرقة فانه لا كان هو ابا حها
فلا يخلوا اما ان يكون لغة او شرعا فالاول ممتنع لان النبش تحت التراب والسرقة اخذ
مال الغير خفية في نومه او غيبته والثاني ممتنع ايضا لان الشرع لم يرد بان النبش سرقة
انا نقول الاصل في كل اسم ان يختص بسمي على حدة الا ان ترادف الاسمان على مسمى لان الترادف
خلاف الاصل فمن ادعى الترادف فعليه البيان وتسمية النباش سارقا في حديث عايشة
مجازية لا يكون الا ترى انها اضافة السرقة الى الميت فلا يخلوا اما ان يكون الميت مسروقا
او مسروقا منه فالاول باطل لانتفا سرقة الميت نفسه وكذا الثاني لان الميت ما كان متوصلا
الحفظ حتى يا خذ النباش منه خفية فلو قال قايل ان فلانا سرق من الميت كلامه بتعجب من
ويضحك عليه ويسخر منه والجواب عن الحديث الاخر قلنا ذاك محمول على السياسة بدليل ما روي
في ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع انفه جدعناه فذلك سياسة فكذا هذا و
قيل انه ليس بمرفوع وهو الصحيح قوله وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح يعني
ان الصحيح ان النباش لا يقطع ايضا عند ابي حنيفة ومحمد اذا اخذ الكفن من قبر في بيت مقفل
يقال اقفلت الباب وقفلت الابواب لان التقفيل للتكثير كما يقال اغلقت الباب وغلقت الابواب
قوله لما بينا اي لما بينا من الحديث والدليل المعقول والحديث قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع
على المختفي والمعقول هو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث قوله ولا يقطع السارق
من بيت المال هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا من مال للسارق فيه شركة و
لم يقطع في بيت المال لانه مال عامة المسلمين والمحرز منهم فيكون له فيه حق فيقطع القصور
في الحرز في حقه فيسقط القطع لشبهة قصور الحرز على ما مر في اول الباب والمال المشترك لا
يجب فيه القطع ايضا لان القطع لا يثبت بالشبهة والملك من اقوى الشبهة ولهذا لا يجب
حد الزنا بوطي الامة المشتركة قوله ومن له على اخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع وان سرق ثم رد
قطع وسرقة الدراهم من الخواص وهذا لان له ان ياخذ مثل دراهمه بالاجماع لحديث هند
امراة ابي سفيان قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي

الا ما اخذت عنده وهو لا يعلم فقال عليه الصلاة والسلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف
فاذا كان له حق الاخذ صار مستوفيا لدينه ولهذا ليس لصاحب المال ان يسترد ذلك فاذا
كان مستوفيا لدينه لا يقطع لاخذ حقه بخلاف ما اذا اخذ عروضا مكان الدراهم حيث
يقطع لانه ليس له ان يستوفي العروض بكانها ولهذا اذا اسلم اليه المديون العروض له ان
يمتنع لذلك بخلاف تسليم الدراهم حيث يجبر فظهر الفرق بين جنس الحق وغيره وقال في كتاب
السرقة فان قلت انما اردت ان اخذ العروض رهنا بحقي او قضاء بحقي درئ عنه القطع
وذلك لان اختلاف فعند ابن ابي ليلى له ان ياخذ جنس حقه لوجود المجانسة من حيث المالية وبه اخذ
الشافعي واختلاف العلماء اورث شبهة في درء الحد وهذا ظاهر الرواية من اصحابنا وروي
عن ابي يوسف انه لا يقطع في العروض وان لم يدع الاخذ لحقه لكون اختلاف العلماء شبهة وجوابهم
لا دليل ظاهر يستند اليه هذا القول فلا بد من الدعوى لتتقوى الشبهة بالظن موضع الخلاف
ثم لا فرق بين المؤجل والمعجل استحسانا لوجود السبب للاخذ وهو ملك الدين ويقطع قياسا
لانعدام الاطلاق في الاخذ لتاخر المطالبة في الحال ذكر القدوري القياس والاستحسان كذا في شرحه
وعند الشافعي ان لم يكن الغريم مماطلا قطع وان كان مماطلا لا يقطع وعندنا لا يقطع
وكذا اذا سرق من جنس حقه زيادة على حقه لانه اذا لم يجب في البعض لا يجب في الباقي لثبوت الشركة
وان كان حقه دراهم فسرق دنانير يقطع كذا ذكر القدوري في شرحه لانها لا تصير قصاصا
بحقه فليس له ان ياخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية وكذا يقطع اذا سرق
حليا من فضة وحقه دراهم لانه لا يصير قصاصا بحقه بل يصير بيعا مستانفا ولو سرق
المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلهما بالقبض فح لا يجب القطع لان
حق الاخذ لهما ولو سرق من ولد الكبير او غريم عبده الماذون المديون قطع لان حق الاخذ
لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع والمسائل مذكورة في شرح القدوري و
الفتاوى الولوالجي وغيرهما (ق) ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي حالها
لم يقطع وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال زفر يقطع وعن ابي يوسف مثله وهو
قول الشافعي كذا في شرح الاقطع لهم قوله عليه الصلاة والسلام وان عاد فاقطعوه ولانه
المسروق عاد معصوما بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق اذا اتلفه بعد الرد باتفاق
فصار سرقة مال معصوم من حرز لا شبهة فيه كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره او سرقه

بعد

بعد ان اشترى ما كان منه بعد تمليك المال اياه ولنا ان وجوب القطع يتعلق بفعل السرقة
واباحة على الغير ثم بالفعل الواحد في عينين لا يتكرر بالاتفاق القطع فينبغي ان لا
يتكرر القطع اذا تكرر الفعل في عين واحدة ولانه حد لا يستوفى الا بالخصومة فلا يتكرر
بالخصومة من واحد في محل واحد كحد القذف ولان القطع يوجب سقوط عصمة المحل في حق
السارق ولانتقال العصمة الى الله تعالى فبالرد ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة
سقوطها لبقاء اثر القطع واتحاد المالك والمحل فيسقط الحد للشبهة بخلاف ما اذا سرق
غيره لانتفاء الشبهة في حقه وبخلاف الصور بين الاخريين لان تبدل الملك يوجب تبدل
العين حكما فلم يبق اتحاد المالك والمحل الا ترى الى ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لبريرة لك صدقة ولنا هدية ولان تكرار الجناية بعد قطع اليد نادر والمقصود من
القطع تقليل الجناية مع وجود الندرة لا حاجة الى التقليل كما اذا قذف شخصا محد
ثم قذف تعين ذلك الزنا لا يحد ثانيا فكذا هنا والجواب عن الحديث ونقول قد طعن فيه الكرخي
وقال حفظنا الاحاديث وسمعنا الحفاظ ولم نجد له اصلا او نقول انه محمول على ما اذا تبدل
المحل لان العود الى فعل السرقة في المحل الذي قطع فيه مرة في غاية الندرة وكلام الشيخ
محمول على النادر بل على الغالب او هو محمول على السياسة بدليل انه قال في المرة الخامسة فان عاد
فاقتلوه فان قلت حد السرقة خالص حق الله تعالى كحد الزنا فاذا جلد الزاني ثم زنا بتلك
المزنية يحد ثانيا فينبغي ان يقطع اللص ثانيا وان اتحد المحل كما في الزاني قلت في صورة الزنا
المستوفى غير المستوفى في المرة الاولى لان الاول تلاشى والمروي هو بعينه في المرة الثانية فتكرر
الحد في الزنا دون السرقة ولان الحد في الزنا ارتفعت اصلا والعصمة في السرقة انتقلت
الى الله تعالى فان عادت بالرد بقيت الشبهة فيحد الزنا ثانيا دون السرقة (ق) ولان الثانية
اي السرقة الثانية كالاولى اي كسرقة الاولى (ق) باعه المالك اي باع المسروق اشتراه منه
من السارق ثم كانت السرقة اي وجدت السرقة (ق) على ما يعرف من بعد اشارة الى قوله
عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه قبيل باب ما يحدث السارق
في السرقة قريبا من صفحة (ق) بخلاف ما ذكره اي ذكر ابو يوسف وهو قوله كما اذا باعه المالك
من السارق ثم اشتراه منه (ق) لان الملك قد اختلف باختلاف سببه وذلك لان اختلاف
الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وقد عرف في حديث بريرة (ق) ولان تكرار الجناية منه

نادرة وهذا دليل ثان عطف على قوله لنا ان القطع اوجب سقوطها عصمة المحل قوله فيعرى
الاقامة اى اقامة الحد قوله كما اذا قذف المحدود في القذف والمقذوف الاول معناه اذا
قذفه بعين ذلك الزنا اما اذا قذفه بغير ذلك الزنا يحد ثانيا كذا ذكره الامام البزدوى
قوله قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه
قطع اى قال القدورى في مختصره والاصل ان في كل موضع لم يتبدل العين فيه وكان
بحالها لا يقطع ثانيا عندنا خلافا لزفر والشافعى واذا تبدلت عن حالها كما لو كان قطنا
صار غزلا او كان غزلا فصار ثوبا يقطع بالاجماع لان العين تتبدل عن حالها صارت
في حكم عين اخرى فلو سرق عينا فقطع فيها ثم عينا اخرى يقطع ثانيا فكذا هنا ولهذا
ينقطع حق المالك عن المغصوب بفعل الغاصب هكذا قال في شرح الطحاوى واذا
سرق ذهبا او فضة وقطع فيه ورد على صاحبه فجعله المسروق منه انية او كانت
انية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابى حنيفة لان العين لم تتغير عنده
حتى يحكم للمسروق منه وقالا يقطع لان العين قد تغيرت عندهما وقال في كتابه
البيهقى سرق ثوبا فخاطه ثم رد فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك
لو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين اخرى قوله وانقطع بالجر معطوف على قوله عن اتحاد
المحل يعنى تبدل المحل ووجود القطع في ذلك المحل فصار في حكم عين ما جرى فقطع ثانيا
باب الحرز والاخذ منه لما فرغ من ذكر المسروق الذى يجب فيه القطع ولا يجب فيه وهو
المسروق هو المال شرع في بيان الحرز لان الحرز شرط وجوب القطع الا انه اخر ذكره لان الحرز
امر خارج عن المال والحرز في اللغة الموضع الحريز هو الموضع الذى يحرز فيه الشئ بحفظ
وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة او الشخص نفسه والمراد من الحرز
ما لا يعد صاحبه مضيعا قوله ومن سرق من ابويه او ولده او ذى رحم محرم منه لم يقطع وهذا
لفظ القدورى في مختصره اما قرابة الولاد فلا يقطع فيها بالاجماع لان الوالد حق التملك
في مال ولده لقوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك فيكون ذلك شبهة في سقوط
القطع والولد بينه وبين ابيه ولاد فلا قطع في مال والده كما لو سرق الاب من مال ابنه
ولان كل واحد منهم ماذون بالدخول في بيت الاخر فلا يتحقق هتك الحرز فلا يجب القطع واما
قرابة ذوى الارحام المحارم كالاخ والعم والخال ففيها فعندنا لا يجب القطع وعند الشافعى

يجب

يجب القطع له ظاهر قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولان ملك احدهما
يباين ملك الاخر فيجب القطع لوجود سرقته من حرز كامل ولنا ان القطع لا يجب الا باخذ
المال وهتك الحرز ولم يوجد هتك الحرز لوجود الاذن بالدخول فلا يبقى المال محرزا في حق
السارق الا ترى الى قوله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض
حرج ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت ابائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم
او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم
او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم فان قلت الاية تدل على اباحة الاكل لا على
اباحة الدخول الا كلا في البيت لا يكون الا بالدخول فيه ومع اباحة الدخول نفيهم
لا يكون الحرز ثابتا فان قلت كيف يصح استدلالكم بهذه الاية وقد قال الله تعالى فيها او
صديقكم ومع هذا لو سرق من بيت الصديق يقطع قلت لما سرق ظهر انه صديق يقابل
كان عدوا وغلاف ما اذا سرق من اخيه او عمه او خاله حيث لا يقال لم تبق الاخوة والعمومة
او الخؤولة او القرابة بالسرقة فظهر الفرق والجواب عن اية السرقة فنقول انها مخصوصة
بالاجماع قد خص منه الصبى والمجنون وقرابة الولاد وغير المحرز ومال فيه شركة للسارق
ونحو ذلك فلما كان كذلك قلنا هذا مال غير محرز في حق السارق لوجود الاذن بالدخول فلا
يقطع كما اذا سرق من المسجد قوله والثانى للمعنى الثانى اراد بقوله والثانى من اذا سرق من ذى
رحم محرم منه اى لا يقطع للمعنى الثانى وهو الدخول في الحرز قوله ولهذا اباح الشرع النظر
الى المواضع الزينة الظاهرة فيها اى في المحارم ذكره ايضا حالا على اباحة الدخول في
الحرز وينظر الرجل الى مواضع الزينة من محارمه ثم موضع الزينة اليد لانها موضع
السوار والشعر لانه موضع العقود والقصص موضع الدملوج والصدر موضع
القلادة والساق موضع الخلخال ويعرف في كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى بخلاف الصديق يعنى
متصل بقوله لم يقطع وهو جواب سؤال مقدر بان يقال الاذن بالدخول كما وجد في سائر المحارم
وجد في الصديق ايضا ومع هذا اذا سرق احدهما من الاخر يقطع فيقال الاذن بالدخول
للصديق لا للعدو فلما سرق ظهر انه كان عدوا ليس ماذونا بالدخول قوله في الثانى خلاف
الشافعى يعنى في السرقة من ذى رحم محرم كالاخ والخال والعم بالقرابة البعيدة اى الحق الشافعى
قرابة ذى رحم محرم كالاخ والعم والخال بالقرابة البعيدة كابن العم ولا يحق لا الحاقه اياها بها مع وجود

قال فالقطع قوله وبينهما الخصوم

الفارق لان قرابة البعيدة يجوز فيها المناكحة بخلاف قرابة ذى رحم محرم **قوله** وقد بيناه
في العتاق اي بينا خلاف الشافعي في مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه **قوله**
ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت
غيره يقطع اي لو سرق مال ذي الرحم يقطع ذكرها بين المسئلتين تفريعا لمسئلة
القدوري فقال في الدليل اعتبارا للحرز وعدمه اي يقطع في المسئلة الثانية لوجود الحرز
ولا يقطع في الاولى لعدم الحرز **قوله** وان سرق من امه من الرضاع قطع ذكره تفريعا
لمسئلة القدوري ايضا قال في شرح الطحاوي ولو سرق من امه من الرضاع او من ابيه
من الرضاع وجب القطع وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عن ابي يوسف في
شرح القدوري لا يقطع من سرق من امه رضاعا لان بينهما انبساطا في دخول المنزل بلا
حشمة وليست الاخت من الرضاع كذلك لانه لا يدخل عليها بلا استيذان وحشمة عادة وجه
الظاهر ان المحرمية بلا قرابة كالقرابة بلا محرمية ثم القرابة اذا لم تكن مع المحرمية لا يسقط القطع
بالاتفاق كما في ابن العم فكذا المحرمية اذا لم تكن مع القرابة ولهذا يقطع اذا سرق من الاخت
الرضاعية وانما كانت تلك المحرمية كتلك القرابة لانها للتحريم كتلك الا ترى ان ام الموطوئة
حرام على الزاني ومع هذا اذا سرق من بيت امها يقطع والحشمة الا ستحيا كذا في المجمل **قوله**
واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة اي الاخت من الرضاعة اقرب الى القياس مما اذا ثبتت
المحرمية بالزنا يعني ان السارق من الام من الرضاع يقطع كالسارق من الاخت من الرضاع
لان المحرمية في المقيس والمقيس عليه ثبتت بالرضاع ولم يوجد الرضاع في المحرمية بالزنا وان وجدت
المحرمية بلا قرابة هناك ثم **قوله** وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا يشترط تحرزا عن مواقف التهمة
بخلاف النسب وكان هذا وقع جوابا عن قول ابي يوسف انه يدخل على الام من الرضاعة بلا استيذان
وحشمة يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فلا يقطع فقال الرضاع قليل الاشتهار عادة
فلا حرج لعدم اشتهار الرضاع احترازا عن الوقوع في مواقف التهمة بخلاف الام من النسب
فان النسب امر مشتهر فالانبساط متحقق لا محالة **قوله** واذا سرق احد الزوجين من الاخر
او العبد من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع وهذه من مسائل القدوري
وكذلك اذا سرق احد الزوجين من حرز خاص للاخر لا يسكنان فيه وهو قول الشافعي في
المزني وقال في بعض كتبه يقطع كل واحد بسرقة الاخر وله قول ثالث ان الزوج يقطع

والمراة

والمراة لا يقطع وله ان كل واحد من هؤلاء يتبسطان في دخول منزل الاخر والدخول فيه
عادة بغير اذن وكان الحرز ناقصا فلا يقطع فاشبه السرقة من المسجد وقد روي
عن عمر انه اتي بغلام سرق مراة سيده قال ليس عليه شي وخادمكم سرق متاعكم ذكره
مالك في الموطا فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج اولى فان قلت احد الزوجين ربما
يحرز ماله عن الاخر قلت نعم لكن لا يمنع ذلك التبسط في المنزل فيمتنع القطع لوجود التبسط
كما اذا احرز الاب ماله عن ابنه فسرقه الابن قال في شرح الطحاوي ولو سرق من بيت
الاصهار والاختان قال ابو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة
ابنه او بيت زوج امه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يجب القطع بالاتفاق فان كان
في منزل على حدة فعلى الاختلاف الذي ذكرنا ولو سرق امرأته والمراة من زوجها قبل
الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من اجنبية ثم تزوجها
لم يجب القطع عليه سواء قضي بالقطع عليه او لم يقض في ظاهر الرواية وروي عن
ابي يوسف اذا قضي عليه بالقطع تقطع يده ولو سرق من امراته المبتوتة او المختلعة
ان كانت في العدة لم يجب القطع وان كانت منقضية العدة يجب القطع الى هنا لفظ
شرح الطحاوي **قوله** وذلالة ذلك ان المراة رضيت بتسليم نفسها الى الزوج والنفس اعز
من المال وكان ذلك دلالة على بذل ما هو دونها فتثبت البسط في المال دلالة وهو نظير
الخلاف في الشهادة يعني عندنا لا يقطع احد الزوجين في مال الاخر كما لا تقبل شهادتهما
في حق الاخر في احد قوليه **قوله** ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع وهذه مسئلة القدوري
وذلك لان للمولى حقا في كسب المكاتب ورقبته في الحال مملوكة للمولى فلا يتحقق السرقة
لان مال المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له وان عجز عنه
فهو للمولى فلا قطع في المال الموقوف على السارق وعلى غيره كما اذا سرق احد المتبايعين
ما شرط فيه الخيار فكذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق من المولى لان المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم وكذلك المدبر عبد ما لم يمت المولى ولا قطع على العبد في مال سيده
لما بينا قبل هذا **قوله** وكذلك السارق من المغنم وهذه من مسائل القدوري وقال في
شرح الطحاوي لا قطع على من سرق من الغنائم واطلق الرواية كما اطلق الرواية
في مختصر القدوري وينبغي ان يكون المراد من السارق من له نصيب في الغنيمة في اربعة

الا ان من كان من الغانمين او اليتامى او المساكين وابن السبيل اما غيرهم فلا نصيب لهم في الغنيمة
فينبغي ان يقطع لانه مال لا ستر بما لا حق له فيه من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخلاف السارق
من بيت المال فانه يعد لمصالح عامة المسلمين وهو منهم فصار كمال فيه شركة للسارق فلا
يقطع اللهم الا ان يقال ان مال الغنيمة مال مباح اخذه في الاصل لكل واحد وهو بعد على
صورته التي كان عليها ولم يتغير فصار بقاوه على صورته شبهة فيسقط القطع والخمس
الغنيمة وا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه ورواه تعليلا وهو ما روي في المبسوط ان عليا
اتي بسارق من الغنيمة فدرا عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا وتعليله يدل على ما قلنا وا قال
والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ اي قال القدوري في مختصره
اعلم ان الحرز شرط وجوب القطع لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا
قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا اواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن
المجن ذكره مالك في الموطا وقد روى الطحاوي في شرح الاثار ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم سيل عن الثمر المعلق فقال لا قطع فيه الا ما اواه الجرين وبلغ ثمن المجن ففيه
القطع وقد اوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم في المحرز لا في غيره فيكون الحرز شرطا
ولان الاجماع انعقد على شرط الحرز ولهذا لم يجب القطع في الانتهاب والاختلاس
والثمر على راس النخل والحيوان في المرعى والثوب اذا بسط للتجفيف على ظهر حائط الى السكة
ولان معنى السرقة فهو الاخذ على سبيل الاستسرار لا يوجد اذا لم يوجد الحرز ثم الحرز على
نوعين حرز بالمكان كالبيت وحرز بالحافظ وقد روى الزهري ان صفوان بن امية نام
في المسجد وتوسد رداه فاخذ السارق فجاء به الى النبي صلى الله عليه وسلم فامر به رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان يقطع يده ذكره مالك في الموطا والسنن ايضا فعلم
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتبر الحرز بالحافظ ثم الحرز بالمكان لا يعتبر
فيه الحرز في الحافظ لان الاول اقوى لان الكلام يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختصا
به والاختفا لا يوجد بالحافظ فكان ذلك اصلا وهذا فرعا فلا اعتبار للفرع مع وجود الاصل
حتى لو سرق منه ليلا يقطع فلو كان حرزا لنفسه لم يلتفت الى الحافظ وكان المنظور اليه وجود
هو الحمام في كونه حرزا وقد اذن للناس بالدخول نهارا فلم يقطع لنقصان الحرز ولهذا نقطع
السارق من البيت وان لم يكن الحافظ موجودا سواء كان البيت له باب او لا او مفتوح

او لم يكن له باب اصلا لان البنا لقصد الاحراز لكن هتك الحرز لا يكون الا بالاخراج بالمكان
لا يجد الاخذ في الحرز في الحرز بالحافظ بمجرد الاخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ في الثاني و
بالاخراج في الثاني وبالاخراج في الاول لان يد المالك قايم قبل الاخراج ثم الحرز بالمكان على نوعين
حرز يمكن دخول السارق فيه كالبيت ونحوه بل حمل ويخرج المال ثم يقطع وحرز لا يمكن الدخول
فيه كالصندوق والجوالق الموضوع في موضع ليس فيه حرز اذا كان بحرزا فصاحبه يجب القطع
فيه اذا دخل يده فيه واخرج المال فيجعل كانه دخل فيه واخرج ثم ما كان حرزا لكل نوع وهو الصحيح ذكره
الكرخي في مختصره حتى لو سرق اللولو من الاصطبل او من حظيرة الغنم يقطع وقال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال بعض مشايخنا احرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى لو
سرق اللولو من هذه المواضع لا يقطع وهو قول الشافعي ولهذا قال وحرز الاصطبل
حرز للدواب لا للثياب ثم كل ما يكون حرزا لنفسه يكون حرزا بصاحبه كما في الصحرا او المسجد
وقارعة الطريق سوا كان الحافظ يقظان او نايما وسوا كان المتاع تحته او قريبا منه لان النايم
عند متاعه يعد في العرف والعادة حافظا لا مضيعا قال الحاكم الشهيد في الكافي المسلم
يترك بالصحرا فيجمع متاعه وينام عليه فسرق منه قطع السارق وقال في الفتاوى الصغرى
من اصحابنا من قال في هذه اللفظة اشارة الى انه انما يكون حرزا في حال لو وضعه كان بجنبه
وقال شمس الايمة السرخسي الصحيح انه يلزمه القطع بكل حال لان المعتبر الحفظ المعتاد ولا
ما يتاتى ثم ايد هذا بالمودع والمستعير وقال الا ترى انهما لا يضمنان بمثل هذا مع انهما يضمنان
بالتضييع وهذا يؤيد ما قلنا في الفصل الرابع في اول كتاب السرقة سرق بقرة او شاة من
المرعى لان كان ثمة من يحفظها يقطع والا فلا الى هنا ذكره في الفتاوى الصغرى وهذا الذي
ذكره في شاة المرعى خلاف ما نقل الناطفي من الاصل قال في الاصل لو سرق شاة من مراعيها
يقطع وان كان هناك راعي ولهذا اطلق الحاكم في الكافي فقال وان سرق شاة من مراعيها لم يقطع
ولذلك قال الكرخي في مختصره سرق حيوانا من المرعى لا يقطع ويقطع ان سرق من المراح الذي
ياوي اليه لحديث حريسة الجبل وفي نوادر ابن هشام قال محمد اذا جعل الغنم في حظيرة عليها
حايط او ليس عليها حايط انهما سوا اذا كان قد جمع فيه يقطع سارقها وان كان جمع الاحجار
او الشوك حول البقعة وجعل فيها الاغنام هو والحايط المبني سوا وا وهو الصحيح احترز
عن قول بعض اصحابنا حيث شرط ان يكون المتاع تحته وقد مر انفا ونقل الناطفي عن نوادر

ابن هشام قال محمد بلا خلاف من غيره لو جمع متاعه في الصحراء ونام على متاعه وانما نام عنده
فسرق منه يقطع اذا نام حيث يراه ويحفظه قوله على هذا لا يضمن المودع اشارة الى التعليل
الذي ذكره بقوله لانه يعد النائم عنده حافظا له والمستعير مثله اي مثل المودع لان يد كل منهما
يد امانة قوله بخلاف ما يختاره في الفتاوى ان هذا الذي قلنا من عدم الضمان على المودع والمستعير
كيف ما نام عند المتاع خلاف ما اختاره في الفتاوى لان فيها اوجب الضمان اذا نام كيف مضطجعا
وقال في خلاصة الفتاوى وفي السوق لا يضمن وان نام مضطجعا قال ومن سرق شيئا من حرز او من
غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع اي قال القدوري في مختصره وهذا تفريع وبيان لما قال
اولا بقوله الحرز على نوعين لمعنى فيه وحرز بالحافظ ان من سرق من حرز لمعنى فيه كالدور قطع
وكذلك اذا سرق من غير حرز لكن صاحبه عنده يحفظه قطع لان المتاع محرز باحد الحرزين
في الاول بالمكان وبالثاني بالحافظ وقد حصل هتك الحرز لا محالة فيجب القطع ولا قطع على من
سرق من حمام او من اذن للناس في دخوله وهذه مسئلة القدوري وقال الشافعي اذا سرق من
الحمام وكان عنده الثياب حافظ عليه القطع كذا قال ابو نصر البغدادي ولنا ان الحمام حرز بنفسه
فلا يعتبر الحرز بالحافظ لان الحافظ يعتبر به حرزا ما لم يكن حرزا في نفسه فاما الحرز في نفسه فوجود
الحافظ فيه وعدمه سواء ولهذا اذا سرق من البيت وليس ثمة حافظ يقطع فعلم ان وجود الحافظ
لا يعتبر في حرز بنفسه فلما لم يعتبر الحافظ كان المعتبر هو الحمام وهو حرز بنفسه لانه بني للاحراز
او لانه يقطع السارق منه ليلا او قبل الاذن بالدخول فعلم انه حرز لكن اختل الحرز بالاذن وكذا
البيت المأذون فيه بالدخول لهذا المعنى قال في شرح الطحاوي ولا قطع على من سرق من الحمام لانه
مأذون فيه بالدخول فيه ولو سرق منه ليلا قطع لانه غير مأذون فيه بالدخول وكذا القدوري
في شرح مختصر الكرخي وقال من سرق من حمام او سفينة لا يقطع وان كان مالكه فيه ولو سرق من
الحمام ليلا يقطع لعدم الاذن قوله لوجود الاذن عادة او حقيقة الاول في الحمام والثاني في
البيت الذي اذن في دخوله ويجوز ان يكون حقيقة الاذن في الحمام ايضا بان يقول الحمامي تعالوا للحمام
نفعل بفتح الباب قوله ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات اي يدخل في حكم بيت اذن
للناس في دخوله الحوانيت والخانات وذلك لان التاجر يفتح باب حانوته في السوق ويأذن للناس
بالدخول عليه ليشتروا منه فاذا سرق رجل منه ثوبا لم يقطع وبه صرح الحاكم في الكافي الا
اذا كانت السرقة من الحمام والحوانيت والخانات ليلا فحينئذ يقطع لعدم الاذن ليلا قال في خلاصة

الفتاوى

١٠٣

الفتاوى جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه او تحت
رأسه لا يقطع ولو كان في مسجد جماعة قطع ولو سرق من واحد قبل الخروج لم يقطع قوله الا
ان سرق منها ليلا استثناء من قوله ولا قطع الخ قوله ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده
قطع هذا لفظ القدوري وذلك لان المسجد ليس بحرز في نفسه فيكون حرزا بالحافظ واذا كان
الحافظ عنده يقظان او نائما عند متاعه فنقل حصل هتك الحرز فيقطع وان لم يكن عنده
فلا يقطع لسارق لعدم الحرز بخلاف الحمام او البيت المأذون فيه بالدخول فانه حرز في نفسه
فلا يعتبر الحافظ وقال الشافعي في الشارع والمسجد يحرز بالحافظ صاحبه بشرط ان لا ينام
ولا يوليه ظهره فنقول اذا نام عند متاعه لا يعد مضيعا عادة فلا يختل الحرز فيجب القطع
وقد روينا عن الموطأ وغيره في هذه الفصل ان سارق اذا صفوان حين نام متوسدا
عليه في المسجد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقطع فعلم ان ما قاله ضعيف قوله قطع
على الضيف اذا سرق ممن اضافه وهذا لفظ القدوري وذلك لانه لما اذن له بالدخول
اختل الحرز بالاذن فسقط القطع ولانه صار كانه واحد من اهل البيت حيث اكرمه واضافه
فيعطيه اذن لا يسمى سرقة بل يسمى خيانة ولا قطع على الخائن لما روى جابر عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم ليس على خائن قطع وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن
له في دخولها وهو مقفل او من صندوق مقفل كذا ذكر القدوري في شرحه لان الدار مع جميع
بيوتها حرز واحد ولهذا اذا اخذ اللص من بعض البيوت واخرج الى الدار لا يقطع ما لم يخرج من
الدار فلما كان الحرز واحدا فبالاذن في الدار اختل الحرز في الدار وفي البيوت جميعا وما روي ان
اسود بات عند ابي بكر الصديق فسرق حليا فقطعه ابو بكر فتأويله عند اصحابنا انه سرق
من دار النساء لا من دار الرجال وفي الدارين المختلفين لا يكون الاذن في احدهما اذنا في الاخرى
قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير واراد بالسرقة
المسروق مجازا كما قال محمد ايضا اذا كانت السرقة مصحفا وانما لم يقطع قبل الاخراج لعدم هتك
الحرز لان الدار كلها حرز واحد فما لم يوجد الاخراج لا يوجد الهتك فلا يجب القطع بخلاف ما اذا كانت
الدار عظيمة مشتركة فيها بيوت يسكن في كل بيت ساكن على حدة فسرق من بعض البيوت
واخرج الى صحن الدار يقطع لان كل بيت حرز على حدة باعتبار ساكنها على حدة فصار
الاخراج من بعض البيوت الى صحن الدار كالاخراج الى السكة ولو اخرج الى السكة يقطع فكذا

هذا وليس كالفصل الاول لان الدار بيوتها لواحد لان البيوت كلها لصاحب الدار
فما لم يخرج من الحرز لا يقطع وهنا كل بيت حرز لاختلاف ساكنه وبهذا صرح الفقيه ابو الليث
في شرحه للجامع الصغير وهذا تاويل قول محمد فان كان دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة
الى صحن الدار قطع اعني تاويله اذا كانت الدار مشتركة قال في الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا
في دار لكل واحد مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من اهل الدار على صاحبه وسرق منه
ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا وتفسيره هذا اذا كانت بحيث يستغنون بصحن الدار عن الانتفاع
السكة كدار معاوية ودار نوح فهي دار عظيمة وان كانوا ينتفعون بها انتفاع المنزل لا تكون عظيمة
ثم قال ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده هذا التفصيل في كتاب السرقة في الفصل الاول قال بعض
اصحابنا لا ضمان عليه اذا تلف في يده المسروق كما لا قطع عليه قبل الاخراج من الدار والصحيح
انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع فان شرطه هتك الحرز ولم يوجد والمراد
من المقاصير الحجرات والبيوت (قوله) وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع
لما قلنا اي لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة قال صاحب المغرب اغار لفظ شمس الائمة
الحلواني والصدري وهو من اغار على العدو واما لفظ محمد وان اغار يعني بالعين المهملة و
النون وهو لا وجه لان الاغارة تدل على الجهر والمكابرة والسرقة على الخفية ولا الاول وجه معنى
بان يدخل اللص مكابرة بالليل جهرا فيخرج المال فانه يقطع لوجود الخفية عن اعين سائر الناس
ويحتمل ان يكون ذلك ايضا رواية عن محمد لان شمس الائمة الحلواني مع تبحره في العلوم لا سيما الفقه
بينهم في هذا النقل ورد الاغارة جاءت بمعنى الاسراع والعدو ايضا قال الفرزدق رادنا فوقهم
ولنا عليهم صلاة الدافعين مع المغيرين اذا اجتمع الناس بالموسم رادنا ابهم والمغير المسرع و
هذا من قول ابي سيارة عميلة بن خالد العدواني وكان يدفع بالناس من المزدلفة على حمار اربعين
سنة فضربت العرب به المثل فقالوا اصح من عير ابي سيارة وكان يقول اشرق ثبير كيما نغير
فعلى هذا يكون معناه اسرع انسان وعدا من مقصورة فسرق منها قطع وجاء اغار الحبل و
اي فتله فتلا شديدا ذكره في ديوان الادب وغيره والفتل يستعمل في المخادعة ويجوز ان يستعمل
في معناه هنا ايضا الا ترى الى ما جاء في حديث الزبير انه سال ام المؤمنين عائشة الخروج
الى البصرة فابت عليه فما زال يفتل في الذروة والغارب حتى اجابته الذروة اعلى السنام و
الغارب مقدمه وهو مثل يقال ما زال يفتل في ذروته اي يخادعه حتى يزيله عن راي هو عليه

كذا قال الاصمعي فعلى هذا يكون معناه اذا احتال وخادع انسان من مقصورة على مقصورة اخرى
فسرق منها قطع (قوله) واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله اخر خارج البيت
فلا قطع عليهما هذا هو لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا ولهذا قال الحاكم الشهيد في
الكافي وان ناول صاحبه على الباب لم يقطع واحد منهما وكذلك ذكر في شرح الطحاوي وقال الفقيه
ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير روي عن ابي يوسف انه قال اذا كان الخارج ادخل
يده وناوله الاخر قطعا جميعا ولو ان الداخل اخرج يده الى الخارج حتى اخذ منه فالقطع على الداخل
خاصة وكذلك ذكر الرواية في المختلف بالاتفاق ثم قال وروي عن ابي يوسف وفصل الجواب كما
ذكر الفقيه ابو الليث وكذلك ذكر الجواب في شرح الجامع الصغير بالاتفاق ثم قالوا وروي عن
ابي يوسف كما نقلنا عن شرح الفقيه فعلم بذلك ان ما قاله في شرح الاقطع هذا قول ابي حنيفة ومحمد
يقطع الداخل وهو قول الشافعي ليس بظاهر الرواية عنهما وكذلك ما روي في بعض نسخ الفقه كا
لتحفة وغيرها وجه ما روي عن ابي يوسف انه يجب القطع لانه اخرجه من الحرز فلا ابالي ادخل
الزام لا وجه الظاهر ان فعل السرقة تم بالداخل والخارج جميعا ثم الخارج لم يوجد منه القطع لعدم
هتك الحرز فيه وانما وجد من الداخل ايضا اذ لم يوجد تمام السرقة منه وحده ولو يقول الفعل ثم من السارق
وغير السارق فاذا لم يجب على احدهما لعدم السرقة لا يجب على الاخر ايضا لانه فعل واحد وليس هذا
كما اذا رمى الى السكة ثم خرج واخذ لان فعل السرقة تم بالسارق وحده وهنا بغيره (قوله) و
هي بناء على مسئلة ثانية وهي مسئلة نقب البيت وادخل اليد فيه (قوله) فان القاه في الطريق فخرج
فاخذ قطع هذا لفظ القدوري وهو متصل بالمسئلة المتقدمة وقال زفر لا يجب القطع لانه
حين القاه لم يجب عليه القطع ولهذا اذا خرج ولم ياخذ لا يجب القطع بعد ذلك كما اذا اخذه غيره
من السكة لا يجب القطع ولنا ان الرمي والاخذ بعد ذلك من حيل السراق يعتادون ذلك اما لعدم
امكان الخروج مع المتاع او للفرار او للقتال مع صاحبه فلو خرج ويده ثابتة عليه لعدم اعتراض
يد اخرى عليه فيكون خارجا من الحرز فيجب عليه القطع بخلاف ما اذا اخذه غيره حيث لا قطع عليه لانه لم
ياخذه من الحرز وليس على السارق ايضا قطع لانه باعتراض يد الاخر لم تبق يده قائمة على السرقة
حين الخروج فقد خرج ولا مال في يده لا حقيقة ولا حكما فصار كما لو استهلكه في الحرز ثم خرج وبخلاف
ما اذا لم ياخذه بعد الخروج لانه مضيع لا سارق (قوله) وكذلك ان حمله على حمار فساقه فاخرجه
وهذا ايضا لفظ القدوري اي يقطع ايضا اذا حمله على حمار فاخرجه لان يده قائمة على

نسخه ذلك

المال لان سير الحمار كسرقته قال في ملاحقة الفتاوى ولو ذهب السارق الى منزله فخرج الحمار بعد

حتى جاء الى منزله لا يقطع وكذلك لو علق شيئا على طاير وتركه ثم طار الى منزله قال فيها ايضا

رجل دخل الدار وجمع المتاع في الليل وطرح في نهر كان ثم خرج واخذه ان كان للماء قوة اخراجه بنفسه

لا يقطع وان لم يكن للماء قوة اخراج المتاع لكنه اخرجه بالتحريك يقطع ونقل البقالى في شرحه

عن الاصل لو كانا اثنين فنقبا البيت ثم دخل احدهما فاستخرج المتاع ثم حملا جميعا قال ان عرفت

الداخل بعينه قطعت الداخل ودرات الحد عن الاخر على قول ابي اعوزه وان اعرف الداخل لم تقطع

واحد منهما ويعزران **قوله** واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا هذا لفظ القدورى

في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي وان دخل جماعة في الدار فجمعوا المتاع وحملوها على رجل منهم

وكان هو الذى خرج به وخرجوا معه في فوره او خرجوا قبله ثم خرج هو في فورهم قال في القياس ان تقطع

الحامل وحده وفي الاستحسان يقطعون جميعا وبه ناخذ الى هنا لفظه وبالقياس اخذ زفر كذا في

شرح الطحاوى وقول الشافعي كقول زفر كذا في شرح الاقطع وجه القياس ان المباشر للسرقة

المال هو الحامل لانه هو الذى اخرجه فيجب القطع عليه خاصة كما لو اجتمع جماعة على رجل فقذفه

واحد منهم يجب حد القذف على القاذف وحده فكذا هنا وجه الاستحسان ان السرقة في غالب

الاحوال هكذا يكون يحمل بعضهم ويترصد الباقون كي يدفعوا صاحب المال ان تنبه فيكون الاخراج

من جميعهم معنى لكونهم ردء الحامل ولهذا في السرقة الكبرى وهو قطع الطريق اذا باشر بعضهم

القتل واخذ المال والباقون وقوف تحت حد قطع الطريق على جميعهم لكونهم ردءا لذلك فكذا هنا

فصاروا كما اذا حملوا على حمار واخرجوه فان قلت غير الحامل لم يخرج من الحرز شيئا فصار كما لو وقف

خارج الحرز فلا يقطع قلت لا نسلم ان غيره لم يخرج مطلقا بل حصل الاخراج معنى لكونه ردءا

الردء شريك المباشر ولهذا اذا كان بعض الغزاة ردءا اشتركوا جميعا في المغنم **قوله** منهم اى من الحامل

بداى بالحامل ادبا لاخراج الحاصل من الحامل اى من حيث المعنى **قوله** كما في السرقة الكبرى اى في

قطع الطريق وسميت بها لان ضرره لعامة المسلمين وسيجئ بيانه ان شاء الله تعالى **قوله** وهذا لان

المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع اشارة الى ان الاخراج من الكل معنى **قوله** ومن نقب البيت

وادخل يده فاخذ شيئا لم يقطع وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا ولهذا ذكر الحاكم الشهيد

المسئلة بلا خلاف فقال في الكافي فمن نقب البيت فادخل يده فاخذ المتاع فذهب لم يقطع

وان دخله وجمع المتاع فلم يخرجه حتى اخذ لم يقطع الى هنا لفظه وكذلك ذكر في الشامل في

قسم

١٠٥

في نسخ المبسوط روى عن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع الى هنا لفظه وقاس عليه ما اذا ادخل

يده في صندوق الصيرفي او في الجوالق وقول الشافعي كقول ابي يوسف كذا في شرح الاقطع ولنا

ان هتك الحرز شرط وجوب القطع بالاتفاق وقد مر بيانه وكمال الهتك في الدخول والاخراج فاذا

لم يدخل يتنقص معنى الهتك وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات بخلاف

الصندوق والجوالق فان الدخول فيهما لا يمكن وانما يتاتى فيه من الفعل ان يخرج ما فيه باليد

وهنا الدخول ممكن فيشترط الدخول ولا يجب القطع بدونه فظهر الفرق وهذا مؤيد بما روى

اصحابنا في كتبهم عن علي قال لو كان اللص ظريفا لم يقطع قيل كيف يكون ظريفا قال يدخل

يده في الدار ويخرج المتاع ولا يقال انه اخرج نصابا من الحرز واذا نقب لم يوجد الهتك على

الكمال لعدم الدخول **قوله** واخرج الغطريفي هو الدراهم المنسوب الى غطريف بن عطاء

الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارى كذا

قال صاحب المغرب **قوله** وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم قطع

وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وذلك لانه لما شق الصرة بقيت الدراهم

خارجة في الصورة الاولى فلا يكون اخذ الدراهم من الحرز فلا يقطع وفي الثانية لما شقها

بقيت الدراهم في داخل الكم فاذا اخذها من الكم يكون هاتكا للحرز فيقطع وهذا لان الحرز

هنا بالمكان لا بالحافظ وعن ابي يوسف ان الطرار يقطع في الحالين لان الدراهم محرزة على

كل حال اما بالمكان وهو الكم او بالحافظ لانه لم يعتمد على نفسه بل على كمه في قطع المسافة او

الاستراحة فصار الكم كالجوالق ولم يذكر محمد حكم الحل في الجامع الصغير والاصل فلهذا قال

مشايخنا في شرح الجامع الصغير فان حل الرباط فاخذ الدراهم فان كان الرباط خارجا

والدراهم في باطن الكم قطع لانه محتاج في ان يدخل يده وان كان الرباط داخلا والدراهم

ظاهر الكم فحل الرباط لم يقطع لانه ادخل يده لحل الرباط فبقيت الدراهم خارجة فانما اخذ

من خارج فلم يصر هاتكا للحرز وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة فافهم والطر

في اللغة الشق والقطع ومنه الطرار وهو الذي يسارق حين الحافظ وياخذ منه المال

خفية بقطع الكيس ونحوه والصرة الخرقة المشدودة فيها الدراهم والمراد هنا الكم المشدود

فيها الدراهم والصرة الخرقة اذا صرها صرا اذا شدها **قوله** وان سرق من القطار بعيرا

او حملا لم يقطع وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي

في رجل سرق من ابل فيا ض عليها احمالها او بسر فشق جوالقا فسرق ما فيه قال يقطع وان سرق الجوالق نفسه لم يقطع قال في الشامل في قسم المبسوط اذا سرق الجوالق نفسه من الدابة لا يقطع ولو سرق من الجوالق فيقطع والاصل هنا ان القطع لا يجب الا بسرقة النصاب بشرط ان يكون حرزا مقصودا واذا لم يكن محرزا مقصودا لا يجب القطع الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب القطع في حريسة الجبل لان المقصود للراعي في ترك المواشي في المرعى الرعي لا الحفظ والحفظ تبع فلم يكن الحفظ مقصودا فلم يجب القطع لشبهة عدم الحرز من حيث ان الحفظ ليس بمقصود فاذا عرفت هذا قلنا لا قطع في سرقة البعير من القطار او الحمل لان المقصود السائق او القائد قطع المسافة ونقل الاحمال لا الحفظ مقصودا فلم يجب القطع لشبهة العدم فصار الحفظ فلم يكن محرزا بالمكان ايضا لان ظهور الدواب ليس بحرز لان المقصود النقل والتحويل لا الحرز فانتفى القطع اصلا لعدم شرطه حتى قال مشايخنا لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قيل اقطع سارق الحمل نفسه بخلاف ما اذا شق الجوالق من القطار واخذ المال حيث يقطع لانه اخذه من الحرز مثله لان المقصود من وضع الامتعة في الجوالق حفظها فيه فصار كما اذا دخل البيت واخذ المال من الكم والقطار بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق قال ابن دريد جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم في اثر بعض ماخوذ من قطار الابل نقل من امثالهم الا ان النفاض اذا انفض القوم اي نفدت ازوادهم قطروا ابلهم فجلبوها للبيع **قوله** وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع وهذه من مسائل الجامع الصغير وقال في قسم المبسوط من الشامل ولو كان الجوالق على الارض وله حافظ يقطع وتاويل المسئلة فيما اذا كان الجوالق في موضع لا يصلح ان يكون حرزا كالطريق والمفازة وذلك لانه شرط حفظ صاحبه وانما يعتبر الحرز بالحافظ اذا لم يكن الشيء حرزا في نفسه وهنا الجوالق ليس حرزا في نفسه لان الجوالق الموضوع على قارعة الطريق او في المفازة لا يعد حرزا في نفسه فيشترط الحرز بالحافظ فاذا كان جالسا عليه او قريبا منه يعد حافظا عادة والمعتبر هو الحرز المعتاد ولهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقطع سارق رداء صفوان بن امية حين نام متوسدا على رواية **قوله** على ما اخبرناه اي قبل ورقة وهو قوله لانه يعد النائم عند متاعه حافظا **قوله** وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه اي حيث يكون حافظا اي ذكر في بعض نسخ شروح الجامع الصغير هكذا ولم يقتصر على قوله وصاحبه نائم عليه بل قال او حيث يكون حافظا

واراد

واراد بهذا ما ذكره فخر الاسلام في شرحه **قوله** وهذا يكمل ما قدمناه اي هذا الذي ذكره في بعض النسخ بقوله او حيث يكون حافظا له يؤكد ما قدمناه من القول المختار بعدم التوقيت بين كون المتاع عنده او البيت ولو سرق الفسطاط نفسه لم يقطع لانه ليس بحرز فيحفظ به غيره لانه محفوظ بغيره **فصل** في كيفية القطع واثباته لما فرغ عن بيان ما يجب القطع شرع في بيان نفس القطع كيف يكون وهل يتكرر القطع الى اربع مرات اذا تكررت السرقة وهل يثبت القطع اذا اعترضت الهبة ونحوها ام يسقط فناسب ذكر هذا الفصل لهذا **قوله** قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم اي قال القدوري في مختصره اعلم ان محل القطع فيه خلاف والذي عليه عامة الفقهاء الا مفصل الزند وقالت الخوارج المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الابط وعن بعض الناس الاصابع كذا ذكر القدوري في شرحه ووجهه ان الاخذ كان بها فيقطع الاصابع لازالة التمكن من الاخذ ولنا ان اليد ذات مفاصل ثلاثة هي الرسغ والمرفق والمنكب وكل يحتمل ان يكون مرادا فزال الاحتمال ببيان ان النبي صلى الله عليه وسلم حيث امر بقطع اليد اليمين من الزند ولان مفصل الزند هو الرسغ متيقن به لكونه اقل فيؤخذ به لان العقوبة لا تثبت بالشبهة وفيما زاد على الرسغ شبهة فلا يثبت وانما كان مفصل الرسغ الزند من اليمين مرادا اما ببيان النبي صلى الله عليه وسلم او بقراءة عبد الله ابن المسعود والسارقون والسارقات فاقطعوا ايمانهم كذا روى صاحب الكشاف قراءة عبد الله فيه فان قلت المراد من قوله تعالى فاقطعوا ايديهما التثنية لا الجمع فكيف جاز ذلك قلت يجوز مثل ذلك في الاشياء المتصلة كما في قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فلا يكون للاثنين الا قلبان فان قلت الزيادة على النص نسخ عندنا فكيف لا يجوز الزيادة بخبر الواحد فكيف جازت بقراءة عبد الله قلت لا نسلم انها خبر الواحد وقراءته مشهورة في زمن ابي حنيفة والزيادة بالمشهور جائزة ولئن سلمنا انها خبر الواحد فنقول خبر الواحد يجوز ان يكون بيانا لمجمل الكتاب والكتاب مجمل في حق المقدار وفي حق القطع ايضا لاحتمال ارادة الشمال فالتحقت قراءته بالكتاب بيانا له على ان المراد باليمين لا الشمال ثم الحسم وهو الكي بعد القطع بالزيت المغلي ونحوه لما روى في شرح الاثار وغيره مسندا الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هذا سارق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله صلى الله عليه قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ايتوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم

ثم اتى فقال تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك ولان الحد شرع
زاجرا لا متلفا فحسم يده كيلا يتلف بشعفة له قال في الجمهرة الزند ان موصل طرف الذراع
في الكف وقال في ديوان الادب الزند ما انحسر عنه اللحم من الذراع وقال في الصحاح الزند
موصل طرف الذراع وهما زندان الكوع والكرسوع والكوع طرف الزند الذي يلي الابهام
والكرسوع طرف الزند الذي يلي الخنصر قوله فان سرق ثانيا قطع رجله اليسرى وان
سرق ثالثا لم يقطع وحبس في السجن حتى يتوب هذا لفظ القدوري في مختصره قال
صاحب النافع حتى يتوب او يظهر في وجهه سيما رجل صالح قال صاحب الهداية وهذا
استحسان يعني ان عدم القطع في المرة الثانية استحسان وعند الشافعي في مرة الثالثة
تقطع يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى وفي الخامسة يعزر ولا يقتل له ما روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان
عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه اوجب القطع بحسب تكرار السرقة فيؤتي على اطرافه
الاربعة ولان الموجب تكرر فيتكرر الحكم ولان الجناية في مرة الثالثة فوق الجناية في المرة
الاولى فيشرع فيها القطع حدا كما في الاولى وهذا لان الانسان متى اقيم عليه الحد مرارا ثم
تزادت منه الجنايات كان اقبح فيما لو سرق مرة باتفاق الحال فدل ايجاب القطع في
الاولى على ايجابه في الثالثة بالطريق الاولى ولنا قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما اي ايمانهما بدليل قراءة عبد الله بن مسعود فاقطعوا ايمانهما وليس
للواحد الا يمين واحد فلا يشرع قطع اليسار بعد ولهذا اجمع العلماء على قطع الرجل اليسرى
في المرة الثانية فلو كان قطع اليسار مشروعا لقطعت في الثانية اليد اليسرى
لا الرجل ولان الحد لا يثبت الا بالتوقيف او بالاتفاق ولم يوجد في قطع اليسار لا هذا ولا
ذاك فلا يثبت يدل على هذا ما ذكره في الاسرار بقوله احتج محمد في الاصل ان عليا شاور
الصحابة في هذه المسئلة فاشار بعضهم بقطع اليسرى فقال باي شيء يستنجي ويرفع لقمته
واشار بعضهم بقطع الرجل اليمنى فقال باي شيء يمشي الى حاجته فتدرا عنه القطع قال صاحب
الاسرار ولم يحتج عليه بنص في الباب فتبين انه لا نص في الباب ولان الحد شرع زاجرا لا متلفا
ولهذا لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد الشديد ولا في حالة المرض واقامة الحد في المرة
الثالثة او الرابعة يفضي الى اتلاف جنس منفعة البطش او جنس منفعة المشي فذاك

اتلاف

اتلاف حكما وفيه شبهة الاتلاف وذلك لان جميع اجناس المنفعة اذا تلف يلزم تلف النفس
حقيقة وفي تلف جنس من المنافع النفس شبهة تلف النفس فلا يقام في المرة الثالثة
والرابعة لان الحد وتندري بالشبهات ثم لما لم يجب القطع يجلد في السجن الى ان يتوب
ويعزر لانه اتى بالمنكر فلا بد من زاجر والجواب عن الحديث قلنا انه ليس بثابت ولهذا لم
ينتبه المحدثون في دواوين الحديث كالصحيح البخاري وغيره قال الامام علاء الدين العالم
في طريقة الخلاف طعن فيه الكرخي فقال تتبعنا الاحاديث وسمعنا الحافظة فلم نجد
له اصلا وقال الشيخ ابو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له وقال الشيخ
ابو نصر البغدادي انه حديث لان كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون
لم نجد له اصلا وهو ايضا مرسل فلا يلزم العمل به على قول الشافعي وعلى قولنا الان ثقات
اهل الحديث قد انكروه ولئن ثبت فالمراد منه السياسة بدليل ما روى في ذلك الحديث
من الامر بالقتل في المرة الخامسة فذاك محمول على السياسة عند الشافعي ايضا فكذا يحمل
القطع في الثالثة والرابعة قال في المبسوط تقتل في الخامسة عند اصحاب الظواهر قلت لا
البد لكونه خرقا للاجماع قوله وبهذا احتج علي بقية الصحابة فحجهم اي بهذا الدليل غالبهم على
الحجة فغلبهم هذا والدليل قوله اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ولا
رجلا يمشي بها قوله ولانه اهلاك معنى اي لان القطع في المرة الثالثة والرابعة اهلاك
لفوات جنس المنفعة قوله ولانه نادر الوجود اي لان فعل السرقة في المرة الثالثة والرابعة
نادر الوجود ولا يعتد بالنادر فلا حاجة الى الزاجر قوله بخلاف القصاص جواب سؤال مقدر بان
يقال لا نسلم ان تفويت الجنس المنفعة له اثر في منع وجوب القطع في المرة الثالثة الا ترى
ان انسانا لا يمين له لو قطع اليسار انسان اخر يقطع يسار القاطع قصاصا مع فوات جنس
المنفعة فقال في جوابه بخلاف القصاص وذاك لان القصاص يعتمد على المساواة وقد وجد
فيجب القصاص فبعد ذلك لا يلتفت الى ورود تفويت الجنس المنفعة لان القصاص حق العبد
فيجب استيفاؤه ما امكن نظرا لحق العبد بخلاف الحد لانه حق الله تعالى خالصا فيسقط بشبهة
الهلاك قوله والحديث طعن فيه اي الحديث الذي تمسك به الشافعي وقد مر بيانه قوله وان
كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع وهذا لفظ
القدوري في مختصره اي لا يقطع يده اليمنى اذا كانت الحالة كذلك وذلك لان فيه تفويت

جنس المنفعة بطشا فيما اذا كانت يده اليسرى شلاء او قطع ومشيا فيما اذا كان رجله اليمنى مقطوعة
ولتفويته اهلاك معنى فلا يقام الحد كيلا يفضي الى الهلاك ش وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما
قلنا اي لا يقطع يده اليمنى ايضا اذا كانت رجله اليسرى شلاء لان فيه تفويت جنس المنفعة
ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري ش وكذلك اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء
او الاصبعان منها سوى الابهام اي لا يقطع اليمنى اذا كانت حال اليسرى كذلك وذلك لان
قوة البطش بالابهام والاصبعان منزلان منزلة الابهام في نقصان البطش فلو قطعت اليمنى
في هذه الحالة يلزم فوات جنس المنفعة فلا يقطع لئلا يلزم الاهلاك معنى بخلاف ما اذا كانت
اصبع واحدة من اليسرى غير الابهام مقطوعة او شلاء حيث تقطع اليمنى لعدم الخلل في البطش
ظاهرا بخلاف الكفارة حيث اعتبر فيها في المنع من الجواز فوت اكثر الاصابع سوى الابهام
لا فوت الاصبعين وهنا اعتبر في المنع من القطع اليمنى فوت الاصبعين لان المانع
هو الهلاك معنى في البابين وتحققه بفوات الاكثر الا ان الحد لما كان يسقط بالشبهة احتيط
فيه فاقيم الاصبعان مقام الابهام وهذه من مسايل المعادة الجامع الصغير وقال الفقيه ابو
الليث في شرح الجامع الصغير روي عن ابي حنيفة في كتاب الحدود انه قال ان كانت ثلاثة اصابع
سوى الابهام فاعتبر هنا لكل اكثر الاصابع وتلك الرواية توافق ما قال في كتاب الطلاق
ان الرجل اذا اعتق عبدا مقطوعة من كل يد ثلاث اصابع او اصبعان احدهما الابهام
لا يجوز عن كفارة الظهار واما في هذه الرواية اعتبر ذلك بالقوة ولم يعتبر الاكثر وهذه الرواية
احوط قال الحاكم الشهيد في الكافي وان كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان لا
يستطيع القيام والمشي عليها قطعت يده وان كان يستطيع القيام والمشي لم تقطع يده ولكن
شيء وان فيه القطع ضمنت السرقة ان كانت مستهلكة الى هنا لفظ الحاكم وقال شمس
الائمة البيهقي في الكفاية سرق ويمناه شلاء او مقطوعة الاصابع تقطع لانها لو كانت
كاملة قطعت فناقصة اولى وقال في الكافي واذا اجلس السارق ليسال عن الشهود فقطع
رجل يده اليمنى عمدا فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق وكذلك ان كان قطع يده
اليسرى وان حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير ان يامره بذلك فلا شيء
عليه وهذه المسايل ذكرناها تكثيرا للفوايد ش واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا
في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شيء عليه عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه في

الخطا

الخطا ويضمن في العمد وهذه من مسايل المعادة في الجامع الصغير الا ذكر الخلاف فانه
من الزوايد قال الحاكم الشهيد وان امر القاضي بقطع يده اليمنى فقطع الحداد يساره
لم يكن عليه شيء استحسانا ثم قال ولم يذكر ههنا اختلافا يعني لم يذكر محمد في الاصل اختلافا
ثم قال وذكر في الجامع الصغير ان ابا يوسف ومحمدا قالا ان تعمد ذلك الحداد ضمن دية يده ثم
قال ولو قال الحداد اخرج يدك اليمنى فاخرج يده اليسرى فقال هذه اليمنى فقطعها لم يكن على
الحداد شيء في القياس ولا في الاستحسان قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اما في
الخطا فلا يضمن عندنا خلافا لزفر وجه قوله ان الخطا ليس بموضوع في حقوق العباد
فلا يعفى فيضمن وجوابه انه اخطا في اجتهاده لانه قطع اليسار على تقدير ان قطع اليسار
هي الواجبة والخطا في الاجتهاد معفو بالاجماع وهذا موضع الاجتهاد لان ظاهر النص لا يوجب
التسوية بين اليمين واليسار بخلاف الخطا في معرفة اليمين واليسار حيث يجب الضمان
واليه ذهب فخر الاسلام وقيل لا ضمان ايضا اما في العمد فوجه قولهما ان المجتهد لا يعفى في عمد
الظلم وقد قطع يدا معصومة لان الحداد قطع يسار السارق بلا حق لانه لما كان قطع
يسار الحداد حتى يقطعه تقطع الحداد قصاصا عندنا القطع بسبب السرقة كان متعينا في
اليمين ولا تاويل ايضا لانه قطعها عامدا لا خاطيا فيضمن دية اليد كالعاصي اذا في حكمه جاد وكان
القياس ان يجب القصاص لكنه لم يجب للشبهة الثابتة في الاية لان ظاهر قوله تعالى فاقطعوا
ايديهما يتناول اليدين جميعا ووجه قول ابي حنيفة ان الحداد اتلف اليسار واخلف خيرا منها و
هي اليمين لان منفعة اليمين اكثر من منفعة اليسار وانما قلنا انه اخلف لان اليمين كانت
تالفة حكما لكونها مستحقة بالقطع وهو بقطع اليسار فوت اليسار واحدث بسلامة
اليمين لان مقطوع اليسار لا يقطع يمينه فلما اخلف ما هو خير لم يضمن كشاهدين
شهدا ببيع عبد بالفين وقيمته الف فان رجعا بعد القضاء لم يضمنا قال فخر الاسلام
وان قطع اجنبي يساره لم يضمن شيا ايضا بهذه النكتة يعني باعتبار انه تلف واخلف
خيرا واراد بالاجنبي غير الحداد قال صاحب الهداية هو الصحيح وقال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي هذا اذا قطع الحداد بامر الامام ولو قطع غيره يده اليسرى في الخطا
يجب الدية وفي العمد القصاص ويسقط عنه القطع في اليمين لانه لو قطعت ادى
الى الاستهلاك ثم لما عرفت ان الحداد لا يضمن يجب ضمان المسروق ان كان هالكا

على السارق لان سقوط الضمان عنه بوقوع القطع حدا لان القطع والضمان لا
يجتمعان عند مالك سبح في هذه الفصل ولم يقع هنا حدا لان القطع والضمان فعلى هذا
يجب الضمان في الخطا ايضا اما على تلك الطريقة اعني طريقة الاجتهاد والذي قلنا من طرف
ابي يوسف وهي ان الضمان يبطل بطريق الاجتهاد فلا يضمن لو قوعه موقع الحد بالاجتهاد
والحد والضمان لا يجتمعان قال في المغرب الحد او يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد قوله وهو
القياس اي قول زفر هو القياس قوله لانه الضمير في لانه راجع الى زفر وفي انه راجع الى الحداد
قوله وان كان في المجتهدات للوصل قوله للشبهة اي للشبهة الثانية وفي ظاهر الاية وقد مر
بيان ذلك قوله وعلى هذا اي وعلى هذا الطريق الذي قلنا وهو انه اتلف واخلف من جنسه
ما هو خير منه فلا يعد اتلافا قوله في العمد عنده عليه ضمان المال اي عند ابي حنيفة يجب
على السارق ضمان المسروق ان كان هالكا لان القطع لم يقع حدا وانما خص ابا حنيفة با
وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لوهم متوهم ان قطع اليسار وقع حدا عنده
لانه لم يوجب الضمان على الحداد فازال الوهم وقال يجب الضمان على السارق لان القطع
لم يقع حدا وعدم وجوب الضمان على الحداد لا باعتبار ان القطع حد بل باعتبار انه اتلف
واخلف خيرا اما مذهبهما فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلان مذهبهما
القطع حد لا محالة فيضمن السارق لانه لا يلزم الجمع بين الضمان والقطع حدا قوله
وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة اي يجب الضمان ايضا على السارق لان القطع
لم يقع حدا وذلك لان الضمان انما يسقط اذا وقع القطع حدا جزاء ونكالا من الله
فلم يقع فيجب الضمان قوله وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لان قطع السارق وقع
حدا فالضمان لا يجتمع معه قوله ولا يقطع السارق الى ان يحضر المسروق منه فيطالب
بالسرقة وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لما روى اصحابنا في كتبهم ان عمرو بن سمرة
اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني سرقت جملا لبني فلان فارسل النبي
صلى الله عليه وسلم اليهم فقالوا انا فقدنا جملا فامر النبي صلى الله عليه وسلم به فقطع
فلو لم يكن مطالبة المسروق منه معتبرة لقطعه النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد الاقرار
ولان الخصومة شرط لوجود السرقة فلا بد من حضور المسروق منه ثم لا فرق في ظاهر
الرواية عن اصحابنا بين ان يثبت السرقة بالبينة او بالاقرار بان اقر انه سرق نصابا

من

من فلان وهو غايب فلا يقطع ما لم يحضر المسروق منه وعن ابي يوسف انه قال اقطعه
بالاقرار وان لم يكن المسروق منه حاضرا وبه اخذ الشافعي وذلك لان القطع حق الله تعالى
وخصومة العبد تعتبر ليظهر سببه وقد ظهر بالاقرار فلا حاجة الى شرط الحضور كما اذا
اقر بالزنا بامراة غايبة حيث يقام عليه الحد ولنا ان المقر به للمقر له ما لم يوجد التصديق من
المقر له وهذا لو اقر لغايب ثم لحاضر جاز فاذا كان زوال ملكه موقوفا الى التصديق كان
اقل احواله شبهة والحد يندرئ بالشبهات فصار الاقرار كالشهادة حيث لا يثبت القطع
اذا ثبتت السرقة بالشهود ما لم يحضر المسروق منه لجواز التكذيب منه فكذا هنا وكما
لو قال سرقتها ولا اعرف صاحبها ثم وجوب القطع بالاقرار بمرة او بمرتين ذكرناه قبيل
باب ما يقطع فيه وما لا يقطع فيستغنى عنه قوله وكذا اذا غاب عند القطع عندنا يعني
لا يقطع السارق ايضا اذا غاب المسروق منه عند القطع عندنا خلافا للشافعي كما
لا يقطع اذا كان غايبا عند الشهادة او الحكم وقال ابن ابي ليلى يقطع وان كان المسروق منه
غايبا في وقت الشهادة او الحكم كذا ذكر الحاكم في مذهبه لكن يقطع عنده في خمسة دراهم
ولنا ان الامضاء من القضا في الحدود وهذا يجعل الاسباب الحادثة قبل الشهود كالزنا
والفسق والجنون والعمى والموت بعد القضا قبل الامضا كالحادثة قبل القضا وقد مر بيانه
في باب الشهادة على الزنا والرجوع منها فاذا كان الامضا كالقضا ففي حالة القضا يشترط
حضور المسروق منه لكن شاهده ان غايبا لم يقطع ايضا حتى يحضر وان رجع ابو حنيفة
من ذلك وقال يقطع وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذلك في كل حدود سوى الرجم وقد مر
ذكره قبيل باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ثم اعلم ان التقادم مانع للشهادة في الحدود
الا في حد القذف الا انه يضمن السرقة وليس بمانع للاقرار فيؤاخذ به الا في الشرب
فلا يؤاخذ به عندهما خلافا لمحمد وقد مر بيانه في اول باب الشهادة على الزنا والرجوع
منها فيستغنى عنه قوله وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق
منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا للمغصوب منه وهذه من المسايل المعادة في الجامع
الصغير الا قوله ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه فانه من الخواص
وللمستودع بفتح الدال هو الذي عنده الوديعة اعلم ان السارق من المودع او المستعير
او المستاجر او المضارب او المستبضع او الغاصب او كاسب الربا او المرتهن او القابض بعض

على رسوم الشراء او القابض بعقد فاسد او كل من له يد حافظة كالاب والوصي
ومتولي الوقف يقطع اذا ظهرت السرقة بخصومة هؤلاء عندنا خلافا لزفر والشافعي
للشافعي ان هؤلاء ليس لهم حق الاسترداد فلا يلتفت الى خصومتهم لان الشرط ان يكون
المسروق مملوكا للمسروق منه ولزفر ان خصومة هؤلاء ضرورية كالمطلقة والحد لا
يثبت بالضروريات يعني انها لضرورة الحفظ فلو صحت في حق القطع لزم تفويت
الحفظ لان عصمة المال ترتفع ولان شبهة الاذن بالاخذ من المالك والتمليك ثابتة
والحد لا يثبت بالشبهة ولنا ان السرقة من حرز مستقيم لا شبهة فيه ظهرت بحجة كاملة وهي
شهادة رجلين عند خصومة معتبرة فيجب القطع وهذا لان هؤلاء حق الانتفاع او اعادة
اليد لرد المسروق الى المالك فتعتبر خصومتهم فلما ظهرت السرقة يترتب عليه القطع لا
محالة بالنص وسقوط العصمة ضمني حصل في ضمن استيفاء القطع فلا يعلل
لان ذلك لم يحصل بمباشرة المودع ونحوه وشبهة الاذن موهومة لا امارة عليها بل قامت الامارة
عليه الا انه لا يعمل به لمعارض دليل فوقه فيبقى صورة الامارة شبهة ثابتة ولم يوجد هنا
امارة ملك السارق بل قامت الامارة بخلاف ذلك لانه لو كان له اذن او ملك لما اخذه
بسبيل المسارقة ونص الصدر الشهيد والعتابي صاحب المربوا في شرح الجامع الصغير
فمن باع عشرة دراهم بعشرين وقبض العشرين ثم جاء انسان وسرق العشرين منه يقطع
بخصومته عندنا قوله ويقطع بخصومة المالك وغاب المودع هل يقطع بخصومة المالك
فيه روايتان وذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي يقطع بخصومة المغصوب منه وذكر
ليس للراهن القطع الا ان يقضي المدين ثم يخاصم لانه ليس له قبض العين وكذلك ذكر في
المحيط والايضاح فعلم بهذا ان النسخة الصحيحة في المتن هي ما روي الا ان الراهن انما
يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة وليست
النسخة الاخرى بصحيحة وهي قوله انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين
او بعده لانه لا حق له فافهم وانما قيد بحال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه
لا حق له فافهم وانما عنه الدين قيد بحال قيام الرهن لانه لو هلك الرهن في يد السارق
فللمرتهن قطعه دون الراهن لانه بطل عنه الدين اما قطع المرتهن فهو مذكور في
شرح القدوري والاجناس وغيرهما واما عدم قطع الراهن فقد ذكره صاحب المحيط

وعلى

وعلى ذلك ينبغي ان يكون للراهن ايضا ولاية القطع اذا كان قيمة الرهن اكثر من الدين
والزايد يساوي عشرة وذلك لان الزايد كان امانة في يد المرتهن فاذا هلك في يده لم يجب
عليه الضمان لعدم التعدي ولا يكون السارق للامتعة مضمونة عليه ما اخذه وللراهن
حق مطالبة الزايد على قدر الدين فصار الراهن والمرتهن في حق الزايد بمنزلة رب
الوديعة مع المودع حيث يكون لكل واحد منهما قطع السارق فكذا هنا قوله لانه لا حق له
في المطالبة بالعين بدونه اي لا حق للراهن في المطالبة بالعين المرهونة بدون
قضاء الدين وهذا ايضا يحقق ما قلنا من النسخة الصحيحة قوله والشافعي بناه على اصله
ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وان مفتوحة الهمزة مخففة من الثقيلة وفيها
ضمير الشان يعني اذا اخذ من في يده المال لا يكون لهؤلاء الخصومة للاسترداد عنده ما لم يحضر
المالك وعندنا لهم ذلك قوله لان فيه تفويت الصيانة اي لان في القطع بخصومة هؤلاء
تفويت الحفظ لان عصمة المال تسقط بالقطع ولا يبقى محفوظا بعد ان كان محفوظا
مضمونا فلهذا قال زفر لا يقطع بخصومتهم كيلا يضيع المال قوله وسقوط العصمة ضرورة
الاستيفاء فلا يعتبر جواب لقول زفر لان فيه تفويت الصيانة دفعه انه لم يبق بيانه فيما قلنا قوله
ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض جواب سؤال مقدر بان يقال شبهة الاذن من المالك ثابتة
فلا يقطع بخصومة هؤلاء فاجاب به يعني لا اعتبار لشبهة موهوم اعتراضها بل الاعتبار لشبهة
محققة الا ترى انه يقطع بخصومة رب الوديعة مع غيبة المودع في ظاهر الرواية اعني رواية
الجامع الصغير مع ان فيه شبهة موهومة ايضا بان يقول المودع اذا حضر كان السارق ضيفا
عندي ماذونا بالدخول في البيت وكذا يقطع بالاقرار مع ان الشبهة متوهمة بالرجوع عن
الاقرار فعلم ان الاعتبار للشبهة القايمة الموجودة في الحال لا للشبهة المتوهمة المحتملة الاعتراض
قوله في ظاهر الرواية اراد به رواية الجامع الصغير واحترز به عما نقل صاحب الاجناس من نوادر
ابن سماعة عن محمد ان غاب المستودع وحضر رب الوديعة ليس له القطع الا بحضرة المستودع
قوله وان قطع سارقا بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق
الثاني وهذه من مسايل الجامع الصغير واراد بالسرقة العين المسروقة اطلاقا لاسم
المصدر على المفعول كما في نسخ التمن ونقل صاحب الاجناس عن كتاب السرقة الاصل اذا سرق
من السارق رجل لم يقطع به السارق الاول فالقطع على السارق الثاني ولو كان قطع

يد السارق الاول لم يجب القطع على الثاني ثم قال ذكره في الجامع الصغير ثم قال وفي نوادر هشام ان قطعت يد السارق الاول اقطع يد السارق الثاني وان درا القطع عن الاول للشبهة قطعت يد الثاني وفي الاملاء عن ابي يوسف مثل ذلك الى هنا لفظ كتاب ذكره الطحاوي والكرخي انه لا يقطع السارق من السارق مطلقا ولم يفصل القطع للاول والحق التفصيل فان قطع الاول لا يقطع الثاني لارتفاع عصمة المحل فكانت سرقة مال غير معصوم وان لم يقطع الاول يقطع بخصومة الثاني لان الاول بمنزلة الغاصب ثم في استرداد العين للسارق الاول بعد قطع يده من الثاني روايتان في رواية له ذلك لان الرد واجب عليه الى المالك اذا كانت العين قائمة وفي رواية ليس له ذلك لان يده ليست بصحيحة لانها ليست بيد ملك ولا يد ضمان لانتفاء العصمة بالقطع حق ولا يد امانة فيكون الا استرداد للمالك اما اذا درا الحد عنه ثم سرقه الثاني فله الاسترداد في رواية عن اصحابنا وينبغي ان يسترد لان يده يد ضمان كالغاصب فيسترد ليتخلص من الضمان قوله وللاول اي للسارق الاول لحاجته اي لحاجة الاول اذ الرد واجب عليه اي على السارق الاول وهو في موقع التعليل لقوله لحاجته ولم يوجد اي القطع فصار كالغاصب اي سارق الاول كالغاصب وللغاصب ان يقطع بخصومته فكذا السارق الاول قوله ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولم يذكر الخلاف عن اصحابنا في ظاهر الرواية وروى عن ابي يوسف انه يقطع وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهو قول ابن ابي ليلى اذا رد قبل ان يرفع الى القاضي او بعد ما وقع لا يسقط القطع ووجهه ان القطع حق الله تعالى فلا حاجة فيه الى الخصومة قياسا على حد الزنا وقياسا على ما بعد المرافعة وهذا هو القياس ووجه الاستحسان ان حق الله تعالى يثبت في ضمن حق العبد وحق العبد لا يثبت بدون الخصومة وقد ارتفعت الخصومة برد المسروق الى المالك فلما لم يثبت حق العبد لم يثبت ما في ضمنه بخلاف ما اذا رد بعد المرافعة لانه فعل ما يفعله الحاكم لان الحاكم يقطع ويرد المال الى المالك ان كان قائما فلا يكون فائدة في رد السارق فلا يسقط القطع قياسا واستحسانا لان الخصومة بالترافع انتهت الى نهايتها والشيء بانتهائه يتناكد ويتقرر فلما كان كذلك قلنا يوجد الخصومة بعد وان لم يوجد تحقيقا وهي شرطه لوجود

ظهور

ظهور السرقة وجد ظهور بوجود شرطه فيترتب القطع لانه حكم السرقة بالنص قال الامام الزاهد العتابي في اواخر الكتاب من شرح الجامع الكبير وان رده الى ابن المسروق منه او الى اخيه او الى عمه او خاله وهم في عياله لا يقطع استحسانا وكذا اذا رده الى امراته او الى اجيره مساهرة او عبده استحسانا يريد به قبل الترافع لان يد ه من عياله كيده فوجد حتى يبرأ المودع بالرد الى هولاء بخلاف الغاصب لا يبرأ بالرد الى هولاء وان رده الى ابيه او امه او جده او جدته لم يقطع سواء كانوا في عياله او لم يكونوا في عياله استحسانا لان لهم شبهة ملك فكان يد هولاء كيده من حيث الشبهة اما المودع يضمن بالدفع الى هولاء والغاصب لا يبرأ ولو رده الى من في عيال والده قطع وان رده الى مكاتب المسروق منه لم يقطع استحسانا وان لم يكن في عياله لان للمولى حقا وعلى هذا المودع اذا رد الوديعة الى مكاتب المودع او الى من في عيال المودع لم يضمن وكذا اذا سرق من المكاتب ورده الى مولاه لم يقطع استحسانا لان من العامل كيده العيال في حق الامانات حتى ان المودع لو دفع الوديعة الى عاقلة يعني الى الذي المودع في عياله لم يضمن وهذه الرواية لم توجد الا في هذا الكتاب الى هنا لفظ كتابه فكتبته تبركا وتكثيرا للفوايد قوله لان البينة ولان السنة بالواو والاول هو الذي وقع تصحيح كتابي بخط يدي عن النسخ الثقات وكان لنسخة الامام حافظ الدين الكبير البخاري التي كانت بخط يده كذلك ايضا وقد تحرير التغاير قوله لحصول مقصودها الضمير راجع الى الخصومة اي لحصول المقصود من الخصومة والقصد هو وصول المسروق الى المالك قوله فتبقى تقديرا اي تبقى الخصومة تقديرا قوله واذا قضى على رجل بالقطع على سرقة فوهب له لم يقطع قال صاحب الهداية معناه اذا سلمه يعني الى السارق وانما فسره لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل سرق سرقة فقضى القاضي بالقطع ثم وهب رب السرقة السرقة للسارق قال يدرا عنه القطع بعد القضا قبل الاستيفا انه بالهبة وغيرها من اسباب الملك لا يجوز استيفاء القطع وقال زفر والشافعي يجوز واجمعوا على لو ملكه قبل الخصومة لا يجوز استيفاء القطع ولو ملكه بعد خصومته قبل القضا عندنا لا يجوز وللشافعي فيه قولان الى هنا لفظه وروى عن ابي يوسف ان القطع لا يسقط بالملك بعد الترافع لهم ان السرقة قد تمت وبالملك بعد الترافع لا يتبين انه كان مملوكا فلا تثبت الشبهة فيجب القطع ولنا ان الامضاء من القضاء في باب الحدود بدليل الحج الحادث كالكفر

قال [illegible] رحمه الله [illegible] الخلاف قال [illegible] السارق اذا ملك المسروق ثم

ونحو ذلك بعد القضا قبل الامضا الملك الحادث في هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضا
لان القاضي لما لم يقض صار كانه لم يقض فلا يستوفي القطع كما قبل القضا وهذا لان القاضي
لا يخرج عن عهدة القضا في باب الحدود ولهذا لو قال قضيت بل بالاستيفا جلدا او رجما او قطعا
فلا جرم كان الامضا من القضا بخلاف حقوق العباد فان له ان يقول قضيت يخرج عن
عهدة القضا ولان السارق لو قطع بعد الملك قطع في ملك نفسه ولان السبب
الطارى في الحدود يجعل كالموجود في الابتدا في حق الاسقاط لا في الايجاب الا ترى
ان رجلا اذا قذف الاخر فزنى المقذوف يسقط الحد عن القاذف تكون انما عن فيه
لما ملكه بعد القضا صار كانه مالكا وقت السرقة فصار شبهة فيسقط الحد كما لو اقر بالسرقة
للسارق كما اذا اقامة البينة انه للسارق فان قلت ان للشافعي يتمسك بما روى عن
صفوان بن امية انه كان نائما في المسجد متوسدا رداه فجاء سارق فسرقه فاتى به النبي
صلى الله عليه وسلم فامر به ليقطع فقال انه يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم فهلا قبل ان تاتيني به قلت متن الحديث مضطرب في بعض الرواية هو له وفي بعض الرواية
هو عليه صدقة وفي بعضها انا ابيعه فيتوقف الى ان يصح وليس يصح فلا نسلم ان النبي صلى الله
عليه وسلم قطعه لانه لا يفهم ذلك من قوله فهلا قبل ان تاتيني وليس فيه القطع فنقول لا نسلم ان الحديث
يتعلق بموضع النزاع لانه لا يفهم من قول الرجل هو له انه قبضه الهبة وبدون القبض لا يثبت
الملك او نقول ان النبي صلى الله عليه وسلم اشار اليه بالستر يعني انك كنت تريد الهبة فلم
فضحته بالعرض على فهلا وهبته له قبل ان تاتيني قوله وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت
وقت السرقة اي بعارض الهبة والبيع بعد القضا لا يظهر ان السارق كان مالكا له وقت
السرقة بل يقتصر الملك على وقت وجود الهبة والبيع واحترزبه عن الاقرار فان المسروق منه
اذا اقر بالمسروق للسارق بعد القضا يجعل الملك فيه ثابتا من وقت السرقة قوله لو قطع الا استغنا
عنه بالاستيفا لان القضا للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده يعني ان
الامضا انما كان من القضا في الحدود لان الاستغنا عن القضا يحصل بالاستيفا والا نعم امضا
لا يجد القضا بقوله قضيت لان القضا للاظهار من له الحق عنده وهنا مستوفي الحق هو الله تعالى
وحقه ظاهر عنده لا يعزب عنه مثقال ذرة في الارض ولا في السما فلا حاجة الى
الاظهار لانه تحصيل الحاصل فكان المقصود من القضا الامضا فاشترطت الخصومة
الامضا

الامضا لان حق الاستيفا انما يكون اذا كان القطع واجبا وانما يجب القطع اذا قامت
الحجة موجبة للقطع وانما يكون الحجة موجبة للقطع اذا كانت الخصومة قائمة عند الاستيفا
القطع وعند الاستيفا ارتفعت الخصومة بالملك العارض هبتا او بيعا فلم تكن الحجة
موجبة للقطع لعدم الخصومة فلم يجز الاستيفا لعدم وجوب القطع فصار الملك الحادث
بعد القضا كالملك قبل القضا اي ملك المسروق منه السرقة اي العين المسروقة من السارق
وفي بعض النسخ عنده قبل القضا اي عند الله تعالى قوله وكذلك اذا انقصت قيمتها من
النصاب يعني قبل الاستيفا بعد القضا وهذه من مسائل مختصر القدوري ولفظه فيه
وان وهبها من السارق او باعها اياه او نقصت قيمتها من النصاب لم يقطع فلك اما الهبة
والبيع فقد مر بيانهما انفا واما نقصان القيمة من حيث السعر بعد القضا فهل يمنع
القضا ام لا فنقول فيه روايتان عن اصحابنا في رواية الكرخي شرط القطع كمال النصاب
وقت الاخذ ووقت القطع جميعا وفي رواية الطحاوي وقت الاخذ فحسب حتى لو انقصت
قيمته من النصاب يقطع كذا روى القدوري في شرحه عن محمد وهو قول زفر والشافعي
وجه ما روى عن محمد ان نقصان العين من النصاب بعد الاخراج لا يؤثر في سقوط القطع
فكذا نقصان القيمة من حيث السعر لان سبب القطع سرقة النصاب وقد وجدت
ولنا ان كان النصاب وقت الاخراج لما كان شرطا لوجوب القطع كان قيامه وقت القطع
شرطا ايضا لان الامضا من القضا في الحدود وبيانه ان القطع يجب بقضاء القاضي
بالحجة الموجبة للقطع وانما تتم الحجة موجبة للقطع عند الاستيفا فيعتبر كمال
النصاب عند الامضا وقياس نقصان السعر على نقصان الاجزا ضعيف لان الجزء
اذا فات بعد الاخراج بالهلاك او الاستهلاك يكون مضمونا على السارق دينا على
ذمته فيكون النصاب كاملا عينا في حالة الاخراج ودينا في حالة الاستيفا الا ترى
انه اذا تلف كله يجب القطع فكذا اذا تلف بعضه وليس كذلك نقصان السعر فانه
ليس بمضمون على السارق لان النقصان ليس بمضاف اليه بل الى فتور رغبات
الناس ولهذا اذا رد العين لا يواخذ بما انقص من السعر فاذا قطع مع النقصان
السعر قطع فيما ليس بنصاب فلا يجوز ذلك وهذا معنى قوله فافترقا اي افترق
نقصان العين حيث وجد القطع في الثاني دون الاول قوله واذا ادعى السارق ان

العين المسروق ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة وهذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة يعني سقوط القطع عن السارق
بمجرد الدعوى بدون اقامة البينة على ان العين المسروق ملكه فيما اذا كان الدعوى بعد الشهادة
لانه اذا اقر بالسرقة ثم رجع يسقط القطع بالاتفاق وقال صاحب الهداية قال الشافعي
لا يسقط ما لم يقم البينة على ان العين ملكه وعلل بقوله لانه لا يعجز عنه السارق فيؤدي
الى سد باب الحد قلت والمشهور عن الشافعي ان السارق اذا قال سرقت ملكي يسقط القطع
عنه بمجرد دعوى كذا في وجيزهم وفيه ايضا لو قال السارق هو ملك شريكي في السرقة فلا قطع
وفيه ايضا اذا قال العبد السارق هو ملك سيدي فلا قطع وان كذبه السيد فعلم ان
ذكر الخلاف فيه نظر فلعل صاحب الهداية وجد نقلا صحيحا في خلافه ولنا ان الحد يسقط
بالشبهة وقد تحقق الشبهة بمجرد دعوى الملك لاحتمال انه سرق ملكه فيسقط الا ترى
ان المقر بالسرقة اذا رجع يصح رجوعه فان كان لا يعجز عنه كل مقر فيسقط القطع فعلم
ان عدم العجز لا يمنع سقوط الحد قوله بما قال اي الشافعي رح اراد به تعليله بقوله لانه لا
يعجز عنه سارق قوله واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا وهذه
من مسائل الجامع الصغير المعادة وذلك لان الرجوع عن الاقرار صحيح لعدم المكذب
بخلاف حقوق العباد الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال بعد ما هرب ماعز
من الحد هلا خليتم سبيله وهو انما كان دليل رجوعه فحقيقة الرجوع اولى فلما صح
الرجوع درا الحد عن الراجع ودرى عن شريكه ايضا لتمكن الشبهة لان الفعل واحد
قوله فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد شاهدان على سرقتهما قطع الاخر في قول
ابي حنيفة الاخر وكان يقول اولا لا يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة
قال في الشامل في قسم المبسوط شهد على رجلين انهما سرقا من فلان الغائب احدهما
غايب يقطع الحاضر استحسانا وجه قول الاول ان الحاضر لو قطع قطع مع الشبهة
فلا يجوز ذلك لان الحد يندرئ بالشبهة وهذا لان الغائب لو حضر ربما يدعي شبهة
دارية للحد عن نفسه وعن شريكه بان يقول سرقنا مالنا كالقصاص المشترك
بين اخوين احدهما غاب فاقام الحاضر البينة لا يستوفي القصاص ما لم يحضر
الغايب ويعيد البينة لشبهة العفو ووجه قول الاخر ان السرقة لا يثبت على

الغايب

الغايب لان القضاء على الغايب لا يجوز فصار الغايب في حكم هذه الشهادة كالمعدوم والمعدوم
لا يصلح شبهة في حق الزكا اذا شهدوا على فلان انه زنا بفلانة وهي غايبة يحد الرجل استحسانا
وهذا لان المعتبر هي الشبهة المتحققة الموجودة في الحال لا الشبهة المعدومة الموهومة الا ترى
ان النبي صلى الله عليه وسلم حد ماعزا ولم يعتبر الشبهة الموهومة من جهة الغايبة فعلم ان
توهم الشبهة ليس بشيء عند قوله عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات ولم يقل بتوهم
الشبهات بخلاف شبهة العفو من احد الشريكين القصاص الغايب فانها موجودة في الحال لا موهومة لان الاية ندبه
تالية عليها قوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى قال الحاكم الشهيد في الكافي فان جاء الغايب بعد ذلك
لم يقطع بالشهادة الاولى يعني يعاد عليه تلك البينة او غيرها فيقطع قوله على ما مر اشارة على
ما ذكر من بيانه ودفعه بقوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب
المؤتمن قوله واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع ويرد السرقة الى
منه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف انه يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة
للمولى وهو قول زفر وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم ان العبد اذا اقر بسرقة فلا يخلو
اما ان كان محجورا عليه او ماذونا له في التجارة والمال قائم او هالك فان كان محجورا والمال قائم ان صدقه
مولاه يقطع ويرد المال الى المسروق منه وان كذبه مولاه فقال الدراهم مالي ففيه الاختلاف المذكور
فعند ابي حنيفة القطع والرد الى المسروق منه وعند ابي يوسف القطع دون الرد وعند محمد لا
قطع ولا رد ويضمن مثله بعد العتاق وان كان المال هالكا صح اقراره بالحد في قول اصحابنا
جميعا ولا ضمان عليه سواء صدقه مولاه او كذبه وان كان ماذونا صح اقراره بالحد والمال في قول
اصحابنا جميعا سواء صدقه مولاه او كذبه ثم ان كان المال قائما يرد الى المسروق منه وان كان هالكا
فلا ضمان اصلا لان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا وعند الشافعي يقطع المحجور والمال
للمولى كما قال ابو يوسف الا انه يضمن مثله اذا عتق لان من اصله ان القطع لا يزيل الضمان وهذا
اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار اما اذا كان صغيرا فلا قطع عليه اصلا لكنه ان كان ماذونا يرد
المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى يرد المال
الى المسروق منه ان كان قائما اما اذا كان هالكا فلا ضمان عليه لا في الحال ولا بعد العتق كذا ذكره
الامام الاسبيجابي والاصل هنا ان اقرار العبد بالحد والقصاص صحيح عندنا لان الاصل ان كل ما
لا يصح اقرار المولى فيه على عبده يصح اقرار العبد فيه والمولى اذا اقر عبده بالقصاص او بحد الزنا

اذ القذف او الشرب او القطع في السرقة لا يصح فلو اقر العبد بهذه الاشياء صح وعند زفر اقرار
العبد بذلك ليس بصحيح لانه لا يوجب استحقاق رقبته او جزية على المولى وذلك مال المولى واقرار
الرجل على غيره ليس بصحيح وهذا لو اقر برقبته لانسان اخر لا يصح لكن اقراره بالقصاص ولنا
ان اقراره بالحد والقصاص صحيح لان وجوب الحق باعتبار الادمية لا باعتبار المالية والعبد في المعنى
الادمية مبقى على اصل الحرية فيصح اقراره كالحر ولانه ليس بمتهم في اقراره لان الضرر الذي يلحق نفسه اكثر
من الضرر الذي يلحق مولاه من جهة المال وهذا اذا شهد العبد برؤية هلال رمضان وفي السماء
علة يقبل الامام شهادته لعدم الشبهة لانه يلحقه مشقة الصوم فيثبت الحكم في حقه ثم يثبت
في حق غيره تبعا اما اذا اقر المولى على عبده بما دون النفس فيما يجب فيه الجرح او العقد لا يصح
اقرار المولى عليه وان لم يكن عليه دين فلا يصح قول محمد في المحجور ان الاصل في باب السرقة هو المال
لان القطع لا يكون الا بالجناية على مال مخصوص واقراره بالمال لا يصح لان ما في يده لمولاه فكذا لا
يصح اقراره بالقطع لانه بناء على المال ولهذا لا يصح اقراره بالغصب فاذا بطل الاصل بطل
التبع او قول العبد لا يقطع في مال المولى وما في يده لمولاه فلا يقطع وجه قول ابي يوسف ان
اقراره يتضمن شيئين القطع والمال فالاول على نفسه فيصح لعدم التهمة والثاني على مولاه فلا يصح
للتهمة ولا يلزم من ثبوت القطع ثبوت المال ولهذا اذا اقر بسرقة مستهلكة وجب القطع دون المال
الا ترى ان رجلا لو قال سرقت هذا الثوب الذي في يد زيد من عمرو يقطع ولا يثبت الثوب للمقر له ووجه
قول ابي حنيفة ان اقراره بالقطع صحيح لانه باعتبار الادمية وباعتباره انه ليس بمتهم فيه لان الالم
الذي يلحقه اكثر من الضرر الذي يلحق المولى في المال فلما صح اقراره بالقطع صح اقراره بالمال
ايضا تبعا وضمنا لان المال يتبع في حالة البقاء ولهذا لو هلك المال او استهلكه صح اقراره بالقطع
بالاتفاق وهذا لان الاقرار يلاقي حالة البقاء لانه اخبار عما مر وقد كان فيكون وجود المخبر به سابقا
فيكون الاقرار ملاقيا للبقاء لا محالة والقطع في البقاء اصل والمال تابع لما قلنا ولان عصمة المال
يسقط بوجوب الاصل فاذا صح الاصل تبعه ما كان تبعا له فيرد المال الى المسروق منه لانه لا قطع
في مال المولى ولا ينتقض هذا بسرقة ثوب في يد زيد من عمرو حيث يجب القطع وان لم يرد الثوب الى عمرو
لانه يجوز ان يكون عمرو مودعا وفي سرقة ما في يد المودع يقطع بخصومته وان لم يرد المال اليه وهنا اذا
لم يرد الى المسروق منه يلزم ان يكون القطع في مال المولى وهو فاسد قوله وهذا عند ابي حنيفة اي
القطع والرد قوله ومعناه اذا كذبه المولى اي معنى الاختلاف فيما اذا كذب المولى المحجور اما اذا صدقه

يقطع

يقطع ويرد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولو اقر بسرقة مال مستهلك صح اقراره بالقطع بالاتفاق
اصحابنا ولا ضمان عليه صدقه مولاه او كذبه كذا في شرح الطحاوي وغيره قوله في الوجهين
اي فيما اذا كان المال قائما او هالكا قوله وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا
او مأذونا والمال قائم او مستهلك قوله لانه يرد على نفسه اذا اقر بقتل عمد او طرفه اذا اقر بالسرقة او
طرفه ومال المولى فلا يصح لكن المأذون يؤاخذ بالضمان اذا استهلك المال ويؤاخذ بالمال ان كان
قائما لان المأذون مسلط على الاقرار من جهة المولى فلا يصح من المحجور الاقرار بالمال ايضا لانه ليس
بمسلط من جهة المولى قوله ومثله مقبول على الغير اي مثل الاقرار الذي يشتمل على الحق مقبول
على الغير ايضا تبعا كما في شهادة العبد برؤية هلال رمضان وقد مر انفا قوله ولهذا لا
يصح منه الاقرار بالغصب ايضاح لقول محمد ان اقرار المحجور بالمال باطل بدليل عدم صحة اقراره
بالغصب قوله في سرقته اي في سرقة مال المولى فيها اي في السرقة قوله حتى تسمع الخصومة
فيه بدون القطع هذا ايضاح لكون المال اصلا والقطع تابعا قوله والضمير في فيه راجع
الى المال يعني لو قال المسروق منه انا ابغي المال لا القطع تسمع خصومته فلو قال على العكس
انا ابغي القطع لا المال لا تسمع خصومته والدليل على كون المال اصلا ايضا ان المال يثبت ولا
قطع ثمة كما اذا شهد رجل وامرأتان او ثبتت السرقة بشهادة الفروع او بكتاب القاضي الى
القاضي قوله فلا يصح في حقه فيه اي لا يصح اقرار المحجور في حق المولى في المال قوله والقطع يستحق
بدونه اي بدون المال كما اذا اقر بسرقة مستهلكة وقد مر قوله لما بينا اشارة الى قوله يصح
اقراره من حيث انه ادمي ولانه لا تهمة في هذا الاقرار قوله يلاقي حالة البقاء قد مر بيانه انفا قوله
باعتباره اي باعتبار القطع وانما يسقط العصمة باعتبار القطع لان القطع والضمان لا
يجتمعان عندنا وسقوط العصمة يدل على ان المال تبع في حالة البقاء لانه لو كان اصلا مقصودا
لما ارتفع تقومه ووجوب القطع بعد استهلاك المال ايضا دليل على عدم اصالة المال في حالة
البقاء قوله ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع وهو حق المولى اراد بالفصول ما
اذا كان العبد محجورا او مأذونا والمال قائم او هالك الا اذا كان صغيرا لا يقطع اصلا وقد مر
بيانه انفا قوله واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه
وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال صاحب الهداية
وهذا الاطلاق يشتمل الهلاك والاستهلاك يعني لا يضمن في صورة الاستهلاك مع وجود

فعل منه فلان لا يضمن في صورة الاستهلاك مع وجود فعل منه اولى اعلم ان السارق اذا قطعت
يمينه يرد المسروق الى صاحبه ان كان قايما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد
ولان النبي صلى الله عليه وسلم قطع بن سارق رداء صفوان ورد المردود اليه ولانه بالسرقة سقط
العصمة لا الملك وهو عين مال مسروق منه فيرد اليه كالعصير المغصوب اذا صار خمرا يرد
الى المغصوب منه اما اذا استهلكه ففي المشهور عن اصحابنا انه لا يضمن وهو رواية ابي يوسف
عن ابي حنيفة وروى حسن عن ابي حنيفة انه يجب عليه الضمان كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة
الخلاف وعند الشافعي يجب عليه الضمان اذا استهلكه او هلك وعلى قول مالك ان هلك في يده
او استهلكه وهو موسر ضمن وان كان معسرا فلا ضمان عليه وان السر ذكره الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير وعند احمد بن حنبل يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا ولقب
المسألة ان القطع والضمان لا يجتمعان حكما للسرقة الواحدة عندنا خلافا له وجه قولهم
انه تلف مالا مملوكا للغير بغير اذنه فيضمن كما في الغصب ولهذا لو تلف في يده قبل الاخراج من
الحرز يضمن ولا منافاة بين القطع والضمان فيجتمعان وهذا لان السرقة الواحدة جناية على
حقين مختلفين وهما القطع والضمان المستحقين لله تعالى وللعبد بسببين مختلفين وهما هتك
حفظ الله تعالى حرمته بترك الانتهاء عما نهى واخذ مال الغير فالقطع يجب بترك الانتهاء
والضمان باخذ المال والا فيجب الضمان على مثال شرب خمر الذمي حيث يجب الحد حق الله تعالى و
الضمان حق للذمي عندكم وكذا اذا قتل صيدا مملوكا في الحرم او الاحرام يجب جزاء الصيد حق الله تعالى
وقيمته حق للعبد وهو المالك وكذا اذا قتل انسانا خطا يجب الكفارة حق الله تعالى والدية
حق للعبد ولنا ما روى اصحابنا في عامة كتبهم عن عبد الرحمن ابن عوف عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان الله تعالى جعل القطع جزاء
السرقة قال الله تعالى جزاء بما كسبا وجزاء الشيء اي يكون جزاء اذا كان كافيا في كونه جزاء لما
سماه الله تعالى جزاء علمنا انه كاف ولا حاجة الى ايجاب شيء اخر وهو الضمان وقال ابو بكر
الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ومن جهة النظر انه لا يجوز ان يجب بفعل واحد مال وحد
والدليل عليه ان وجوب المال بالقتل يمنع وجوب القصاص وكذلك وجوب المهر بالوطء يمنع
وجوب الحد بالوطء الذي به وجب المال فثبت بذلك ان وجوب القطع ينفي ضمان المال اذ
به كان فعلا واحدا لا يجوز ان يجب به مال وحد كما لا يجب به قصاص ومال وحد ومال الى هنا

لفظ

لفظ ابي بكر الرازي ولان القطع يجب حدا حقا خالصا لله تعالى فينبغي ان يكون سببه
ايضا خالصا لله تعالى لان المسبب ابدا يلتئم بحسب السبب وخلوص السبب انما يكون
اذا كان الجناية على حق الله تعالى خالصا بلا شبهة وذلك بتحول العصمة الى الله تعالى
عند السرقة اذ لو لم يتحول العصمة بان تكون العين محرمة الانتفاع لعينها حقا لله تعالى
كانت مباحة في نفسها شبهة لتناولها والحد يندرئ بالشبهات فلم يلتئم القطع
بالنص والاجماع ثبت ان السبب ليس فيه شبهة بالعصمة مرتفعة الى الله تعالى حقا
لله تعالى فكان عين المسروقة حراما لعينها كالدم والميتة فلم يجب الضمان ولان
من اصلنا ان الضمان اذا وجب بتبعية الملك مستندا الى وقت الاخذ فلزم
ان يقطع الانسان في ملك نفسه والقطع واجب بالاجماع فلا يجب الضمان
لان الضمان ينافيه لانه على تقدير الضمان يلزم ان يقطع في ملك نفسه
وهو محال والمستلزم للمحال محال وهو معنى قولنا وما يؤدي الى انتفائه فهو
المنتفي لان الذي يؤدي الى انتفاء القطع وهو الضمان هو المنتفي ولنا ما
عرفت ان السرقة جناية على حق واحد وهو حق الله تعالى لا على حقين بخلاف ما قاس عليه
من المسايل والباقي يعلم في طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى والجواب عما اذا تلف في يده قبل الاخراج
فنقول انما نفينا ان القطع والضمان لا يجتمعان حكما للسرقة الواحدة فلا سرقة قبل الاخراج من
الحرز وايضا لا قطع ثمة فلم يجتمعا فلا يرد علينا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
روي عن محمد بن الحسن انه قال انما يجب عليه الضمان في الحكم والقضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى
فالضمان واجب وهذا القول احسن هذا لفظ كتابه قوله ولا يضمن فيها اي في الهلاك والاستهلاك ضرورة
قوله الا ان العصمة لا تظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل اخر غير فعل السرقة ولا
في حقه هذا جواب سؤال مقدر بان يقال اذا سقطت العصمة عند السرقة كيف وجب
الضمان بالاستهلاك على رواية الحسن فاجاب عنه وقال لان فعل الاستهلاك غير فعل
السرقة ونحن انما قلنا لسقوط العصمة في حق السرقة ضرورة وجوب القطع بانتفاء الشبهة
ولا ضرورة لسقوط العصمة في حق الاستهلاك فلا يظهر سقوطها في حقه فيجب الضمان قوله
وكذا الشبهة يعتبر فيما هو السبب دون غيره اي الشبهة وهو كون المسروق مباحا في نفسه
كيلا يكون فيه شبهة نافية للحد ولا يلزم من هذا ان لا يكون حراما لغيره في حق الاستهلاك قوله وجه

المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه اي في الاستهلاك يعني ان مقصود
السارق صرف المسروق الى ما يحتاج اليه وفي الاستهلاك اتمام ذلك فتعتبر الشبهة فيه كما في فعل
السرقة ق ولكن يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لا
لتنتفي المماثلة لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني يلزم من سقوط العصمة سقوط
الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق ساقط العصمة
حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذي يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع
به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة ق ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو
لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة وروي عن ابي حنيفة مثل قولهما كذا ذكر صاحب الشامل في قسم المبسوط وجه قولهما ان
الخصومة شرط لظهور السرقة فبخصومة الحاضر لم يظهر السرقة من الغائبين فلم يكن القطع للسرقات
كلها بل للتي خوصم فيها لانه ليس بنائب عنهم فيضمن لهم لان عصمة اموالهم لم ترتفع لعدم وقوع القطع لهم ووجه
قول ابي حنيفة ان الواجب لكل السرقات قطع واحد لان الحدود مبناها على التداخل ولهذا لو حضروا
جميعا لا يستوفي لهم الا قطع واحد وهذا لان الحد يجب لله تعالى لا للعبد وانما الخصومة شرط
ليظهر سبب القطع وهو السرقة عند القاضي فلما ظهر بخصومة الواحد وقع القطع من الكل كما لو
خاصموا جميعا الا ترى ان رجلا لو قتل جماعة فقتل بواحد من اولياء المقتولين فقتله كان القتل لهم جميعا
ولا يجب لغيره غير ذلك وكذلك لو قذف رجل جماعة فقذفه واحد منهم واقيم عليه الحد صار الحد لهم
جميعا فان قلت في قطع اليمين براءة من الضمان فلو برأ الحاضر السارق من الضمان صريحا وقال
ابرأتك عن السرقات كلها لا يبرأ عن الجميع فكذا اذا قطع له قلت كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت
قصدا فلا يلزم من عدم البراءة قصدا عدم البراءة ضمنا للقطع الا ترى ان رجلا لو سرق
من عبد او مكاتب فقطع يبرأ من الضمان فلو افصح بالابراء ابتداء لا يبرأ ق وعلى هذا الخلاف
اذا كان النصب كلها لواحد يعني اذا سرق النصب من واحد مرارا فخوصم في بعض النصب فقطع
لا يضمن باقي النصب عند ابي حنيفة خلافا لهما والله اعلم باب ما يحدث السارق في السرقة
لما ذكر كيفية القطع شرع فيما يحدث السارق من الصنعة في السرقة فهل تكون ذلك شبهة دارئة
للحد ام لا اذ حدوث الصنعة فيها امر عارض والعارض يعقب الاصل وكذلك الشبهة

عارضة لان الاصل عدم الشبهة ق ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو
يساوي عشرة دراهم قطع وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير وروي عن ابي يوسف انه لا يقطع وكذلك ذكر صدر
الشهيد والعتابي وبهذا يعلم ان قول ابي يوسف في الظاهر كقولهما ولهذا قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي قول ابي يوسف مع محمد وقول محمد مع ابي حنيفة في الظاهر وذكر شيخي [illegible] الاسرار
البيهقي ايضاحا كفاية وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة لا يقطع وذكر في
هذه المسألة وقال قطع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع وكذلك ذكر في
الشامل في قسم المبسوط حيث قال خلافا لابي يوسف وكذلك قال الامام الشهيد في الكافي
حيث قال وقال ابو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا يقطع عليه
فيعلم من هذا ان ظاهر قوله ليس كقولهما وهذا الخلاف فيما اذا خرقه خرقا فاحشا بان شقه
طولا اما اذا كان الخرق يسيرا بان شقه عرضا فانه يقطع بالاتفاق اذا كان بعد الشق
يساوي عشرة دراهم الى هذا اشار في شرح الطحاوي قال صاحب المختلف ان ضمنه
وترك الثوب عليه [illegible] لا يقطع بالاجماع لانه تملكه بالضمان فعلم ان الخلاف فيما اذا
اختار تضمين النقصان واخذ الثوب وجه قول ابي يوسف انه اخرجه من الحرز وله فيه سبب
الملك وهو الشق ولهذا اذا اختار تضمين الثوب لا يقطع بالاتفاق فلم يتحقق فعل
السرقة علة لجواز القطع مع قيام الشبهة كما اذا سرق المشتري ثوبا فيه خيار للبائع
نسخ البائع البيع ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الشق ليس بسبب للملك وانما هو سبب للضمان
وانما يصير سببا للملك عند اداء الضمان لا في الحال فاذا اختار المسروق منه الضمان وترك
الثوب يصير سببا للملك فلا يكون الشبهة موجودة لان الشبهة انعقاد سبب شرعي للملك
او بعض الحكم لكنه لم يوجد وهنا لم يوجد الانعقاد اصلا فصار الشق كنفس الاخذ لانه
يحتمل ان يكون سببا للملك ايضا ومع هذا لم يعتبر فكذا فيما نحن فيه فصار كما اذا سرق
البائع مبيعا معيبا لم يعلم بعيبه المشتري فانه يقطع وان كان احتمال الملك قائما لان
تقدير الرد بخلاف ما ذكر ابو يوسف حيث لا يقطع لان سبب الملك وهو الشراء موجود لانه
وضع للملك لكن الملك لم يثبت في الحال لمانع وهو الخيار فكان سبب الملك بشبهة قائمة
في الحال بخلاف الشق فانه ليس بسبب في الحال فظهر الفرق ق وصار كالمشتري اذا سرق

فيبيعه فيه خيار للبايع والجامع وجود سبب الملك حالة السرقة في المقيس وهو الخرق
الفاحش وفي المقيس عليه وهو الشراء وبيان الخرق الفاحش وهو ما يبطل به عامة منافعه
سوف يجي في باب الغصب ان شاء الله تعالى قوله البدلان لان التثنية طريق التغليب لطلب الخفة
اذ المسروق مبدل والبدل القيمة قوله بخلاف ما ذكر اي ابو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا شرى
مبيعا فيه خيار للبايع قوله وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع وهذه من معادة الجامع
الصغير وذلك لان الشاة لما صارت لحما نقصت اي اليه لان اللحم مما يتسارع اليه الفساد
ولا قطع فيه وروي عن ابي يوسف انه يقطع كذا في كفاية البيهقي قوله ومن سرق ذهبا او
فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع ويرد الدراهم والدنانير الى المسروق
منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمشتري منه عليها اي سرق ذهبا او فضة تساوي
عشرة دراهم وهو معنى قوله يجب فيه القطع والضمير في عليها الى الدراهم والدنانير وهذه
معادة في الجامع الصغير الا ذكر الخلاف فيه فانه من الخواص لانه ذكر في الاصل ولو كانت
دراهم فسبكها او صاغها قلبا كان للمسروق ياخذه ولم يذكر الخلاف وقال في شرح الطحاوي
الدراهم للسارق عندهما في القضاء فيما بينه وبين الله تعالى يجب ان يردها اخر
قال والاصل في هذه المسائل ان في كل موضع ينقطع حق المغصوب منه من العين ينقطع
حق المسروق منه ثم اذا غصب من اخر نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه
عنده فكذلك ههنا لا ينقطع حق المسروق منه في السرقة وعندهما ينقطع بالغصب
فكذلك في السرقة وجه قولهما ان هذه الصنعة متبدلة للعين الا ترى انه كان يقال تبر
ذهب او فضة والان يقال دراهم او دنانير ثم الصنعة بتركيب الغاصب حصل وهي
ملك له متقوم والاصل وهو التبر كان للمغصوب منه فلما لم يمكن مراعاة حقهما جميعا وجب
قطع حق المالك الى الضمان لانه اقل ضررا كما اذا غصب حديدا او نحاسا واتخذه آلة
كالسيف ونحوه ثم هل يجب القطع في صورة السرقة على قولهما اختلف المشايخ قال بعضهم
لا يقطع لانه ملك المسروق قبل استيفاء القطع لكن يجب على السارق للمالك مثل الموزون
وقال بعضهم يقطع ولا شي على السارق لانه لا يملك عين المسروق لانه بالصنعة
صار شيئا اخر ووجه قول ابي حنيفة ان الصنعة في الذهب والفضة غير متقومة
بدليل انها لا ترفع حكم الربوا بخلاف الحديد ونحوه فان الصنعة فيه متقومة ولهذا لو كسر

ابريق فضة لانسان لم يكن للمالك اخذه وتضمين الصنعة وفي غير الذهب والفضة
كالحديد له امساك العين وتضمين الصنعة ولما كان حق المالك وهو عين الذهب
والفضة متقوما وحق السارق او الغاصب ليس بمتقوم كان رعاية المتقوم اولى فيرد الدراهم
والدنانير الى المسروق منه والمغصوب منه ولا اشكال في وجوب القطع على مذهب
ابي حنيفة لان السارق لم يملك العين بهذه الصنعة قوله ومن سرق ثوبا فصبغه احمر قطع ولم يؤخذ
منه الثوب وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في السارق يسرق الثوب فيقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال ليس لصاحبه
سبيل ولا ضمان على السارق وقال محمد ياخذه صاحبه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه
لا يضمن ذلك وان صبغه اسود اخذه في قولهم قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
معنى قوله في قولهم يريد به في قول ابي حنيفة ونفسه وجه قول محمد ان بالصبغ لم ينقطع
حق المالك لانه لم يوجب استهلاك العين لوجود الثوب متبوع والصبغ تابع فلا يجوز ان يبطل
المتبوع بالتابع فصار كما اذا صبغه احمر بعد الغصب حيث لا ينقطع حق المالك وابو حنيفة
وابو يوسف فرقا بين السرقة والغصب فقالا حق السارق في الصبغ قائم صورة ومعنى
اما صورة فظاهر فان الحمرة فيه موجودة حسا واما معنى فلان المسروق منه لو اخذ الثوب
يضمن الصبغ وحق المسروق منه في الثوب قائم صورة لا معنى ولهذا لو استهلكه السارق
او تلف قبل القطع او بعده لا يضمن شيئا فرجحنا جانب السارق لان مراعاة ما هو قائم
صورة ومعنى اولى من مراعاة ما هو قائم صورة لا معنى فرجح حق السارق بالرجوع اوكد
كالموهوب له اذا صبغ الثوب احمر فقطع حق الواهب بخلاف الغصب فان حق كل واحد
من المالك والغاصب قائم صورة ومعنى فلم يمكن القول بالترجيح بالوجود فرجحنا بالبقاء
وهو ان الثوب اصل قائم والصبغ تابع وهو معنى قوله ورجحنا جانب الملك بما ذكرنا
ولانه لو اخذ الثوب في صورة السرقة ادى الى ابطال القطع لانه يصير شريكا في الثوب
او بمنزلة رهن عنده لان له ان يمسكه ليصل اليه ما زاد الصبغ والطارئ في
الحدود في المستانف كالطارئ في الابتداء فاذا كان القطع واجبا بالاجماع لم يكن
له حق الاخذ كيلا يؤدي الى ابطال القطع اما اذا صبغه اسود فلا يوخذ عند
ابي يوسف لان السواد عنده زيادة كالحمرة والصفرة وعند ابي حنيفة ومحمد يوخذ اما عند

ابي حنيفة فلان السواد نقصان عنده فلم يكن حق السارق فيه قايما معنى فاستويا في جانب المالك
لما قلنا واما عند محمد فلان السواد وان كان زيادة عنده لا ينقطع به حق المالك كما قال في
الجرة قوله والجامع كون الثوب اصلا اي الجامع بين السرقة والغصب قوله اراد اخذه
مصبوغا اي اراد صاحب الثوب قوله الا ترى انه غير مضمون على السارق ايضا لو لم لا معنى
قوله فاستويا هذا الوجه اي استوى المالك والغاصب من حيث ان حق كل واحد منهما قايم
صورة ومعنى قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله والجامع كون الثوب اصلا قايما وكون الصبغ
تابعا قوله وعند ابي يوسف هذا والاول سواء يعني ان الحكم في الصبغ الاسود والاحمر سواء عنده
لان كل واحد منهما زيادة عنده فلا يوخذ الثوب من السارق قوله ولكنه اي ولكن السواد
قوله وعند ابي حنيفة السواد نقصان قال في المختلف وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان فان الناس ما كانوا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما قال في شرح الطحاوي
ولو سرق سويقا فلته بسمن او عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ يعني ليس للمالك على
السارق سبيل في السويق عند ح وعند م ياخذ السويق ويعطي ما زاد السمن
او العسل والله اعلم **باب قطع الطريق** اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما كونه
سرقة فباعتبار ان قاطع الطريق ياخذ المال خفية عن عين الامام الذي عليه حفظ
الطريق والمادة بشوكته ومنعته واما كونه كبرى فلان ضرره يعم عامة المسلمين حيث
ينقطع عليهم الطريق بزوال الامن بخلاف السرقة الصغرى فان ضررها خاص بالمسروق منه
ولان موجب قطع الطريق اغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ومن حيث القتل و
الصلب وليس في السرقة الصغرى مثل ذلك ثم تقديم السرقة الصغرى مثل ذلك ثم تقديم
السرقة الصغرى على الكبرى لان الصغرى اكثر وقوعا اولا ان الترقي من القليل الى الكثير
اولى ان قطع الطريقة فيمن يباشر العارض السرقة ذكر العارض بعد ذكر الاصل قوله واذا خرج
جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا
مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا
قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام
ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم حدا اعلم ان لفظ القدوري في
واطلاق اسم الجماعة يتناول المسلم والذمي والكافر والحر والعبد والمراد من الامتناع ان يكون
قاطع

قاطع الطريق بحيث ان يمكن له ان يدافع عن نفسه بقوته تدور يتجا منه تعرض الغير
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اعلم ان قاطع الطريق انما يكون بعد ان يجتمع
فيه شرايط وهو ان يكون لهم قوة وشوكة تنقطع الطريق بهم وان لا يكون قريبين ورح
بين مصرين ولا بين مدينتين ولا بلدتين وان يكون بينهم وبين المصر مسيرة السفر فاذا وجدت
هذه الاشيا يكون قاطعا للطريق والا فلا هكذا ذكر في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه قال ان كان اقل من مسيرة سفر او كان في المصر ليلا فانه يجري عليهم حكم قطاع الطريق
وهو ان يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى والفتوى على قول ابي يوسف الى هنا لفظ كتابه
والاصل في حد قاطع الطريق قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون
في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض
وكلمة او للتفصيل والتقسيم على حسب اختلاف الجناية لا للتخيير كما قال مالك لان الله
ذكر الجزاء متنوعا وتنوع الجزاء يقتضي تنوع السبب لان السبب يثبت بحسب السبب و
السبب هنا قطع الطريق فهو جناية متعددة متنوعة من تخويف او اخذ مال او قتل او
جمع بين الاخذ والقتل فاذا كان السبب متنوعا لتنوع الجزاء قوبل الجملة بالجملة فانقسمت
الاحاد على الاحاد النفي للتخويف وقطع الايدي والارجل من خلاف لاخذ المال والقتل لقتل
النفس والصلب للجمع بين الاخذ والقتل ولكن لم يذكر انواع المحاربة لحن فانما هادة يدل
على هذا ما روي محمد في كتاب السرقة عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس انه قال
وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بردة هلال بن عويمر الاسلمي فجاء اناس يريدون
الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي بردة الطريق فنزل جبريل على رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالحد ان من قتل واخذ المال صلب ومن قتل ولم ياخذ المال قتل ومن اخذ مالا ولم يقتل قطعت
يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عنه
ومن اخاف الطريق ولم يقتل ولم ياخذ المال نفي والمراد من محاربة الله محاربة اوليائه وهم
المؤمنون على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او لما كانوا اي القطاع امر الله تعالى
ساعين في الارض بالفساد صاروا كانهم محاربين لله تعالى فاطلق اسم المحاربة لله تعالى
اتساعا وقيل نزلت الاية في العرنيين ولم يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم سمل اعينهم
وليس فيها ذلك وقيل في المرتدين فلم يصح ايضا لان الاية ناطقة بالقتل عند المحاربة

والسعي في الارض بالفساد وليس يشترط ذلك في المرتد ولان القتل يسقط عنهم بالتوبة
التوبة قبل القدرة عليهم ويسقط عن المرتد بالتوبة مطلقا ثم اعلم انهم اذا خيفوا ولم يأخذوا
المال ولم يقتلوا حبسهم الامام الى ان يتوبوا وهو المراد بالنفي المذكور في الآية وعند الشافعي
ينفى من بلد الى بلد لا يزال يطلب وهو هارب فزعا لانه نفي عن وجه الارض بدفع
شره وفساده وهذا لانه عزم على المعصية فيحبس ويعزر كما في العزم على سائر المعاصي
ولانه لم يكن لاحد فيه فيجب بمثله الحبس والتعزير فان قلت لا يسمى الحبس نفيا لان النفي هو الابعاد
قلت لا نسلم لان الحبس ابلغ النفي لان المحبوس لا يمكن له قطع الطريق اصلا بخلاف المنفي الى بلد
اخر يمكن له قطع الطريق في ذلك البلد يدل على تسمية الحبس نفيا قول الشاعر: خرجنا من الدنيا
ونحن من اهلها. فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى. اذا جاءنا السجان يوما لحاجة. عجبنا
وقلنا جاء هذا من الدنيا. واخذوا بعد اخذهم مال مسلم او ذمي قطع ايديهم وارجلهم من خلاف
يجب بقطع اليمين من الايدي واليسار من الارجل بشرط ان المأخوذ لكل واحد منهم عشرة دراهم
او ما قيمته العشرة وقال الحسن بن زياد وعشرون لانه يقطع من قاطع الطريق طرفان فيشترط
نصابان ولنا ان قاطع الطريق مقصوده اخذ المال لا القتل وانما يقتل ليحصل التمكن من اخذ
المال والحد الذي يجب لاجل المال العشرة اصله السرقة الصغرى وانما قطع الطرفان لوقوع
الجناية عاما وتغلظها واعطى مال الذمي حكم مال المسلم لتأبد العصمة فيهما بخلاف المستأمن
وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا لا قصاصا حتى اذا عفى الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم
وذلك لان الحد حق الله تعالى ولا اثر لعفو العبد في حقه تعالى وليس للامام ان يعفو ايضا لما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم تعافوا الحدود فيما بينكم فاذا رفعت الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا
وان قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم
وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف لا بد من الصلب
لانه نص وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل او يصلب لان الجناية واحدة فيكتفى بجزاء واحد وهو القتل
ولابي حنيفة ان الجناية متحدة معنى وهو قطع الطريق متعددة صورة وهو اخذ المال وقتل
النفس وكان للقاضي ان يميل الى اي الجهتين شاء وانما التداخل في الحدود لا في حد واحد وهنا
القطع والقتل حد واحد فلا ينافي خلافا فان قلت لو كان حدا واحدا لم يجز للقاضي ان يقتصر على القتل
القتل قلت انما جاز ذلك لان الترتيب ليس بواجب عليه بين القطع والقتل فاذا ابتدأ بالقتل

سقط

سقط القطع لعدم فائدته قوله ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية
اي ذكر في مختصر القدوري بقوله وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وجه جواز ترك الصلب ان
المقصود القتل وقد حصل ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يصلب العرنيين فدل على جواز
قوله لا يتركه اي لا يترك الصلب قوله قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت اي قال القدوري
في مختصره وكذلك ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي وحكاه عن ابي يوسف وقال الفقيه ابو الليث في
شرحه للجامع الصغير روي عن ابي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن في لبته حتى يموت
وروي قال عنه انه لا يصلب ويحبس حتى يموت ونقل في شرح الطحاوي عند الصلب المذكور
في الآية بعد القتل في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ان شاء قتلهم ثم صلبهم كما قال ابو حنيفة
وان شاء صلبهم حيا ثم قتلهم مصلوبين الى هنا لفظه وجه ما ذكر الطحاوي ان في صلبه حيا
زيادة مثلة فلا يجوز ذلك ووجه ما ذكر في الكتاب ان الصلب ذكر حدا وما كان حدا يجري حالة
الحياة كما فيما دخل عليه من غير الصلب فكذا الصلب قوله يبعج بطنه اي يشق قوله توقيا من
المثلة اي احترازا عنها لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة قوله وجه الاول اراد به قوله
يصلب حيا والمروي احسن به اي الصلب قوله ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام هذا لفظ القدوري
وهو ظاهر الرواية كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه يترك
على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره وجه الظاهر ان الاعتبار يحصل
بالثلاثة فبعدها يتغير فيتأذى الناس فيخلى بينه وبين اهله ليدفنوه قوله واذا قتل القاطع
فلا ضمان عليه في مال اخذه وهذه من مسائل الجامع الصغير وذلك لان الحد لما اقيم سقط
عصمة المال كما في السرقة الصغرى قوله وان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم وهذه
مسألة القدوري وهي من مسائل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه قال في قوم قطعوا
الطريق فاذا ولي رجل منهم القتل قتلوا جميعا ولفظ الاصل ومن باشر ومن لم يباشر في الحكم
سواء وذلك لانه لا يمكن القتل حصل بالكل والقتل حد قطاع الطريق اذا وجد منهم القتل وقد
وجد فيقتلون جميعا وهذا لان قتلهم وجب حدا عليهم لا قصاصا فلم تعتبر المساوات
فصار من قتل ومن لم يقتل سواء ولهذا اوجب قتلهم سواء وقع القتل منهم بسيف او بحجر او
خشب والردء العون اعانة واليهم اي التجئ اليهم وعند الشافعي لا يجب على الردء الا
التعزير كالمعين على الزنا ولنا ان المقصود وهو التمكن حصل من الجميع فيجعل الردء بخلاف

للمعين فى الزنا فان المقصود هو اللذة ولا يحصل ذلك للمعين قوله وقال والقتل ان كان بحجر
او بعصا فهو سواء وهذه من مسائل المعادة فى الجامع الصغير وصورتها فيه قال فى قاطع
الطريق باى شىء قتل قتل وذلك لانه حد لا قصاص فلا يعتبر المساواة ولهذا يقتل غير
المباشر ولان قطع الطريق كما يكون بالقتل بالسيف يكون بالقتل بغير السلاح [illegible]
والقتل من قطع الطريق بسبب القتل وقد وجد فيقتل القاطع كيف ما قتل قوله وان لم يقتل
القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه قال فى قاطع الطريق اذا جرح ولم يقتل
ولم ياخذ مالا يقتص بكل جراحة يستطاع فيها القصاص واخذ الارش مما لا يستطاع
فيه القصاص وذلك لانه لا حد فى قطع الطريق من القتل والقطع والصلب لما يجب
على حق العبد فيستوفيه الاولياء قصاصا او ارشا كما اذا قطعوا اللسان او الذكر فلا قصاص
فيه فى ظاهر الرواية ويؤخذ الارش خلافا لابى يوسف فيما اذا قطع من الاصل وفى الحشفة
قصاص اتفاقا لان موضع القطع معلوم الا اذا قطع بعض الحشفة حينئذ لا قصاص
وكذا اذا ضربوا العين فقلعوها لا قصاص فيه ويؤخذ الارش الا اذا كانت العين قائمة
قد ذهب ضوؤها ففيه القصاص لامكان المماثلة وكذلك لا قصاص فى عظم وفى السن الا
اسودت او حمرت او اخضرت فيجب الارش والباقى يعلم فى كتاب الجنايات وكتاب الديات
ان شاء الله تعالى قوله وذلك الى الاولياء اى الى مستحقى القصاص واخذ الارش الى الاولياء
قوله وهو ما ذكرناه اى حق العبد القصاص والارش قوله وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله
وبطلت الجراحات وهذه مسألة الجامع الصغير يعنى ما قطعت يده ورجله من خلاف
حد الاخذ المال بطلت الجراحات لان الحد والضمان لا يجتمعان عندنا وكذلك يبطل الجراحات
اذا قتل فيما قبل لما قلنا وقد مر التحقيق فى عدم اجتماعهما فى السرقة قوله واذا اخذ بعدما تاب
وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤوا عفوا عنه ولفظ الجامع الصغير وان
اخذ وقد تاب بطل الحد وانما قيد بقوله اخذ بعد ما تاب لانه اذا تاب بعد ما اخذ لا يسقط
الحد والاصل فيه قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فلما بطل الحد بالتوبة ظهر
حق العبد فى النفس والمال فان شاء قتل وان شاء صالح وان شاء عفى ضمن المال قوله
ولان التوبة تتوقف على رد المال يعنى فيما اذا اخذ المال لان الظاهر اذا غصب مال الغير
لا يكون تائبا وان تاب المغصوبة بلسانه ما لم يرد المال لان ملك المعصية لا تنقطع الا

برد المال فلما رد المال قبل الاخذ بطل عنه الحد كالسارق اذا رد المال قبل الترافع وقد يرد ذلك
فان قلت الذى يتناقض قول صاحب الهداية لان التوبة تتوقف على رد المال مع قوله ويجب
الضمان اذا هلك فى يده او استهلك لان رد المال كيف يمكن فى يده قلت يمكن ان يهلك
البعض بعد رد البعض ورد البعض علامة صحة توبته فاذا هلك الباقى قبل التمكن
منه او استهلكه بعد وجود علامة صحة توبته يكون ذلك شبهة فى سقوط الحد فيجب المال قوله
وان كان من القطاع صبى او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين
وهذه مسألة القدورى الا ان لفظه فى مختصره وان كان فيهم صبى وهذا الذى ذكره القدورى
ظاهر الرواية عن اصحابنا وهو قول زفر وقال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى عن ابى يوسف
انه لا ان قام بالاخذ والقتل صبى او مجنون والاخرون المباشرون وكذلك ذكر البيهقى فى كفايته
كفايته بلفظ عن ابى يوسف والعجب من صاحب الهداية انه قال وعن ابى يوسف بعد ان قال
والمذكور فى الصبى والمجنون قول ابى حنيفة وزفر وكان القياس ان يقول وقال ابو يوسف
ولم يذكر قول محمد وقول ابى حنيفة وقد صرح الشيخ ابو نصر بذلك واطلاق الكرخى والقدورى
على ذلك قبل قولهم وعن ابى يوسف وايضا قال صاحب الهداية وعن ابى يوسف انه لو باشر العقلاء
يحد الباقون وكان ينبغى لو باشر العقلاء الباقون وجه ما روى عن ابى يوسف ان الحد يجب على
القطاع الطريق بفعل القتل واخذ المال والمباشر اصل فى الفعل والردء تابع ثم اذا كان المباشر
عاقلا يجب الحد لاصالته فى الفعل ولا يعتبر الخلل فى التابع وهو الصبى او المجنون لعدم
القصد الصحيح منه واذا كان الفعل من احدهما كان اصلا فيه فسقط الحد عنه للشبهة فى
فعله فيسقط الحد عن الباقين للشبهة او لان الحد لما سقط عن الاصل فى الفعل سقط
عن التبع وهو الردء العاقل البالغ ووجه الظاهر ان الردء حكمه حكم المباشر فى حد قطع
الطريق ولهذا يلزمه جميعا اذا كانا مكلفين فلما كان كذلك كان حضور الصبى او المجنون كمباشرته
ولا حد عليهما اذا باشرا فكذا اذا حضرا فاذا لم يجب عليهما سقط عن الباقين لاشتراكهم
فى سبب الحد كما اذا اشترك الخاطئ مع العامد واما اذا كان فيهم ذو رحم محرم فقد نقلوا عن
ابى بكر الرازى فى عامة الكتب انه قال تأويل المسألة اذا كان المال مشتركا والا فجواب
ظاهر الرواية لان ذا الرحم المحرم ماذون بالدخول فى الحرز فلم يجب الحد عليه فلم يجب على الباقين
للشبهة لان الجناية واحدة وهى قطع الطريق فلما لم يكن بعض الفعل موجبا للحد لم يكن

البعض لا يكون موجبا ايضا لان بعض العلة لا يترتب عليها الحكم واذا لم يجب الحد فيما اذا كان
صبي او مجنون او ذو رحم محرم ظهر حق العبد في النفس والمال فبعد ذلك الى الاولياء فعلوا ما شاؤا
قصاصا او عفوا او صلحا ونحوها بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن حيث سقط حتى ربا ان يقال
القطع على المستامن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ونحو هذا في العاقلة يسقط
الحد فينبغي ان يسقط وجود المستامن فيهم ايضا فاجاب عنه وقال امتناع الحد في القطع على
المستامن وحده لخلل في عصمة ماله وهو خاص به لانه لا خلل في عصمة مال المسلم اذ
رعيته كذلك وهو لم يسقط حد قطاع الطريق عنهم لقطعهم على المسلمين بخلاف الامتناع
في القطع على ذي الرحم المحرم فان ذلك لخلل في الحرز وهو القافلة وبالخلل تثبت الشبهة
فيسقط الحد بها واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد وهذه من
مسائل المعادة في الجامع الصغير وذلك لان الحرز واحد وهو القافلة والقاطع من اهلها
فلا يعتبر قاطعا كما لو سرقت من دار يسكن السارق فيها فاذا لم يجب الحد وجب القصاص
ان قتل عمدا او رد المال ان اخذه وهو قائم والضمان ان هلك او استهلكه ومن قطع
الطريق ليلا او نهارا في المصر او من الكوفة فليس بقطاع الطريق استحسانا وهذه من
المسائل المعادة في الجامع الصغير اعلم ان شرط تحقق قطع الطريق ان يكون بين القطاع
وبين المصر مسيرة سفر وهو ظاهر الرواية وقد مر ذكره في اول الباب اما اذا كان في
المصر او قريبا من المصر فلا يكون قطعا استحسانا وروى الفقيه ابو الليث عن ابي يوسف ان
قطعوا نهارا بسلاح جرى عليهم الحكم وان قطعوا بخشب فلا وبالليل يستوي السلاح كذا
في وجيزهم وجه القياس وجود القطع حقيقة ووجه ما روي عن ابي يوسف ان السلاح لا
يلبث فيتحقق القطع به ليلا كان او نهارا واما الخشب وان كان يلبث لكن الليل يبطئ
فيه الغوث فيتحقق القطع بخلاف النهار فان الغوث يلحق قبل حصول ما امله ووجه الاستحسان
ان سبب حد قطاع الطريق قطعه ولا يوجد ذلك في المصر وفي قريب منه لان القطع
لا يكون الا بانقطاع المارة ولا ينقطع المارة في مثل هذا الموضع للحاق الغوث فلا
يثبت الحكم لعدم سببه ولان قاطع الطريق يسترق من عين الامام بقطع الطريق بنفسه
لان الطريق محفوظ بحفظ الامام وقطع الطريق سرقة منه وهذا ليس بسرقة منه فان
الاحتلاس ولا قطع على المختلس بالحديث قال في كفاية البيهقي قيل ابو حنيفة اجاب على

عرف

على عرف زمانه وابو يوسف على عرف زمانه لان في زمن ابي حنيفة اهل الامصار
كانوا يحملون السلاح فلا يمكن للقاطع مقاتلتهم بخلاف زمن ابي يوسف والحيرة هي التي
كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي اول منازل الكوفة قوله وعنه اي عن ابي يوسف
بداي بالسلاح والغوث اسم للاغاثة والابطا نقيض الاسراع والمارة الجماعة
الذين يمرون على الطريق ولا يتحقق ذلك اي لا يتحقق قطع المارة فاذا لم يتحقق قطع الطريق
في المصر او قريب منه يؤخذ القطاع برد المال ويعزرون ويحبسون لاتيانهم بالمنكر فان
قتلوا نفسا فالامر الى الاولياء قصاصا او صلحا او عفوا لانه ظهر حقهم حيث لم يجب الحد
قوله لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد قوله ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على
عاقلته عند ابي حنيفة وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يخنق رجلا بمخنقة خنقا حتى قتله قال الدية على عاقلته فان وجد قد خنق غير
مرة في المصر وفي غير المصر فللامام ان يقتله وذكر المخنقة من النحو واراد بها ان القصاص
لا يجب على ذلك وذكر المصر وغير المصر من الخواص الجامع قال شيخ الاسلام البزدوي
مخنقة الخناق مع الوتر وما يجري مجراه وليس ذلك بشرط لكنه بنى على العادة وانما تجب
الدية دون القصاص عند ابي حنيفة لانه لا يوجبه بالمثقل وهذا في معناه وسوف يجيء
البحث في المثقل في الديات ان شاء الله تعالى اما اذا اعتاد هذا الفعل فيقتل عند ابي حنيفة
ايضا سياسة لانه ساع في الارض بالفساد والله لا يحب الفساد فيجب دفع شره بالقتل
قوله ومن خنق رجلا بالتخفيف اي اذا عصر حلقه ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال
بالسكون كذا في المغرب والخناق بكسر الخاء وتخفيف النون لما يخنق به من حبل او وتر
كذا في الجمهرة وهو المراد من قوله يخنق خناق والخناق فاعل ذلك الفعل وقوله وان خنق غير مرة
بالتشديد سماعا وتحقيقا لان التفعيل للتكثير بدأ اي بسبب التخنق والله اعلم كتاب
السير تناسب الحدود والسير من حيث انه كلا من الحدود والجهاد حسن لمعنى في غيره لا
في عينه ثم المعنى المحسن يحصل فيهما جميعا بفعل المامور به بدون الاتيان بفعل اخر مقصود
وذلك المعنى في الحدود والزجر عن المعاصي وفي الجهاد دفع اعداء الله تعالى لكن قدمت الحدود
على السير لانها تقع بين الاسلام غالبا او على الخصوص كما في حد الشرب بخلاف الجهاد
فانه يقع مع الكفار فتقديم الاحكام المتعلقة باهل الاسلام كان اولى ولان الجهاد زجر

عن الاصل المعاصي وهو الكفر والحد زجر لما يوجب الفسق مترقي من الادنى الى الاعلى ومعنى السير
مذكور في المتن والمغازي جمع المغزاة من غزا العدو غزوا وغزوة وغزاة ومغزاة اذا قصد العدو
للقتال والاحاديث في فضل الجهاد كثيرة منها ما وجدت البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله
ابن مسعود قال قلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اي عمل افضل قال الصلاة على ميقاتها
ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله فسكت عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولو استزدته لزادني وفيه ايضا باسناده الى ابي سعيد قال قيل يا رسول الله صلى الله عليه
وسلم اي الناس افضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤمن يجاهد في سبيل الله بنفسه
وماله وقالوا ثم من قال صلعم مؤمن في شعب من الشعاب يتقي الله ويدع الناس من شره وفيه
ايضا باسناده الى انس بن مالك عن النبي صلعم قال لغدوة في سبيل الله او روحة خير من الدنيا
وما فيها وفيه ايضا باسناده الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلعم من احتبس فرسا في سبيل
الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة قوله
قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وهذا لفظ القدوري
في مختصره اما كونه فرضا فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر
انهم لا ايمان لهم لعلهم ينتهون ولقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله ولقوله تعالى
وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم
وانفسكم في سبيل الله ولقوله عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا
الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد
ماض الى يوم القيامة واما كونه فرض كفاية وهو ما يسقط بمباشرة البعض وكفايته فلان
الجهاد لم يشرع فرضا لعينه لان ذاته احتراز وتخريب لبنيان الله عز وجل فلا يجوز بل شرع
لاعلاء كلمة الله تعالى وقهر اعدائه فاذا حصل المعنى الذي لاجله شرع الجهاد بالبعض سقط
عن الجميع كصلاة الجنازة ورد السلام ولان النبي صلعم كان يخرج الى السرايا ولا يخرج كل اهل
المدينة فلو كان فرض عين لخرجوا جميعا ولان في جعله فرض عين خروج جميعا حيث يتعطل
امور الناس من زراعة وتجارة اذا خرجوا جميعا الى الجهاد والحرج منتف بالنص وفيه ايضا
انقطاع اصل الجهاد بانقطاع مادته من الخيل والسلاح والثياب ونحوها فلم يكن فرض
عين فاذا لم يقم بالجهاد احد اثموا جميعا لانهم تركوا الفرض اصلا ولم يات احد بما يسقطه عنهم

قوله

قوله وهو على الكفاية اي الجهاد فرض على الكفاية قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي الجهاد
عند اصحابنا فرض على الكفاية مثل غسل الموتى والصلاة عليهم ودفنهم ومثل طلب علم الدين
والقيام به وتعليمه ويحكى عن ابن شبرمة والثوري ان الجهاد تطوع وليس بواجب قوله اذ هو
اي الجهاد قوله فان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه هذا لفظ القدوري قوله ولانه لو اشتغل
الكل به قطع مادة الجهاد عطف على قوله لانه ما فرض لعينه قوله من الكراع قال الفارابي
الكراع الخيل والكراع كراع الشاة والبقرة والمراد هنا هو الاول وعلى الثاني جاء المثل يعطي العبد
الكراع فيطمع في الذراع قوله الا ان يكون النفير عاما بان لا يندفع شر الكفار الا باجتماع بعض
المسلمين فحينئذ يفترض على كل احد فيقاتل العبد بدون اذن السيد والمراة بدون اذن الزوج
قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة او شبانا وشيوخا او مهازيل وسمانا او
صحاحا ومراضا يقال نفر الى الغزو نفورا ونفيرا اي خرج فان قلت قوله تعالى انفروا عام وليس
فيه تخصيص بالنفير العام فكيف خص بالنفير العام قلت لو لم يخصص بالنفير العام
لوقع الناس في الحرج ولانه عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع خلق كثير من اهل المدينة
نعم ان النفير حقا فلو تثاقلوا فيما اذا كان النفير عاما بان لا يندفع شر الاعداء بالبعض
فيفرض على الكل ليحصل المقصود وهو قهر الكفار ودفع شرهم يدل على هذا قوله تعالى وما
كان المؤمنون لينفروا كافة قال الزجاج في تفسيره يروى ان ابن مكتوم جاء الى النبي
صلى الله عليه وسلم فقال له اعلي ان اغزو فقال لا حتى انزل الله تعالى ليس على الاعمى حرج قوله
فان هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اي اول كلام محمد في اخر كتاب الجامع الصغير
يدل على ان الجهاد يجب على الكفاية واراد باول كلامه قوله الجهاد واجب الا ان المسلمين
في سعة من ذلك لانه قال انهم في سعة يعني يسع لبعضهم تركه اذا حصلت الكفاية بالاخرين
واخره الى النفير العام اي اخر كلامه اشارة الى النفير العام لا يكون لهم سعة من ترك الجهاد ح
قوله قتال الكفار واجب وان لم يبدؤا وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الكفار
الذين امتنعوا عن قبول الاسلام وعن اداء الجزية يجب قتالهم وان لم يبدؤا بالقتال وكذا
يجوز قتالهم في الاشهر الحرم وقال الثوري لا يجوز قتالهم حتى يبدؤوا وقال عطاء لا يجوز
قتالهم في الاشهر الحرم ولنا عموم الايات والاخبار كقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله تعالى
وقاتلوهم وقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم

الغنيمة وقوله عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله قال اصحابنا
في المبسوط وغيره كان رسول الله صلعم مامورا في الابتدا بالصفح والاعراض عن المشركين
بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقوله تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعا الى الدين بالموعظة
والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع وقوله تعالى
وان قاتلوكم فاقتلوهم وقوله وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم امر بالقتال ابتدا في بعض الازمان
بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم امر بالبداية بالقتال
مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقوله
تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر واستقر الامر على ذلك وصارت حرمة
القتال في الاشهر الحرم منسوخة بهذه الاية ولان قتالهم لو دفع على بيتهم كان ذلك على
وجه الدفع ومثل ذلك القتال يجوز مع المسلمين ايضا وليس في القتال على سبيل الدفع فرق
بين قتال الكفار والمسلمين ولا بد من الفرق ولا ذلك الا بان نبدا نحن بقتالهم وفي صحيح
ابن حبان عن ابن عباس عن رسول الله صلعم حاصر الطايف في مستهل المحرم اربعين يوما وفيه ما في
صفو ذكره محمد في الاصل وهو نوع من القتال فعلم ان قتالهم جايز في الازمان كلها قوله ولا يجب
الجهاد على صبي لان الصبي مظنة المرحمة وهذه من مسايل القدوري في مختصره ولفظه
فيه ولا يجب الجهاد على صبي ولا عبد ولا امراة ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع اما الصبي فلا
عليه الجهاد لانه مرفوع القلم ولان الابوين طاعته عليه واجبة فلا تترك بما ليس بواجب وقد روينا في
اول كتاب السير عن ابن مسعود قال قلت يا رسول الله صلعم اي العمل افضل قال الصلاة
على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله وروي في الصحيح
البخاري وغيره مسندا الى عبد الله بن عمرو قال جاء رجل الى النبي صلعم فاستاذنه في
الجهاد فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وفي السنن مسندا الى عبد الله بن عمرو ايضا
قال جاء رجل الى رسول الله صلعم فقال جيت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان
فقال صلعم ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما وفي السنن ايضا عن ابي سعيد الخدري
ان رجلا هاجر الى رسول الله صلعم من اليمن فقال هل لك احد باليمن قال ابواي قال
صلعم اذنا لك قال لا قال صلعم ارجع فاستاذنهما فان اذنا لك فجاهد والا فبرهما اما العبد
والمراة فلان الجهاد لما كان فرض كفاية بحيث يسقط باتيان البعض بدون البعض ابطل

وجوبه

وجوبه عليهما لانه يتعين وجوبه وما لا يتعين وجوبه في حق العبد والزوج فيقدم كما في صلاة
التطوع وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى عايشة رضي الله عنها قالت استاذنت
النبي صلعم في الجهاد فقال جهادكن الحج وفي رواية قال نعم الجهاد الحج واما الاعمى والمقعد والاقطع
فلانهم عاجزون عن الجهاد فلا يجب عليهم بدون القدرة قال الله تعالى لا يكلف الله نفسا
الا وسعها وقال الله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال
الله تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج قال صاحب
ديوان الادب المقعد الاعرج قوله فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج
المراة بدون اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى وهذا لفظ القدوري في مختصره يقال
هجمت على القوم اذا دخلت عليهم وقال في المغرب الهجوم الاتيان بغتة والدخول من غير
استيذان وذلك لان الفرض يتعين عند هجوم العدو والفرض المعين مقدم على حق الزوج
والسيد كما في الصلاة الفرض والصوم الفرض وكان النسا يخرجن الى الغزو في الجملة مع النبي
صلعم وحدث البخاري في الصحيح عن عايشة قالت كان النبي صلعم اذا اراد ان يخرج اقرع بين
نسايه فايتهن يخرج سهمها خرج بها النبي صلعم فاقرع بيننا في غزاة غزاها فخرج فيها
سهمي فخرجت مع النبي صلعم بعد ما انزل الحجاب وفي الصحيح ايضا عن الربيع بنت معوذ
قالت كنا نغزو مع النبي صلعم فنسقي القوم ونخدمهم ونرد الجرحى والقتلى الى المدينة
وفي السنن مسندا الى ابن عباس قال كان رسول الله صلعم يغزو بام سليم ونسوة
من الانصار فيسقين الماء ويداوين الجرحى قوله لان بغيرهم مقنعا اي بغير العبد
والمراة قوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء وهذه من مسايل الجامع الصغير يعني اذا كان
في بيت المال ما يتقوى به الناس من الغنيمة للخروج الى الغزاة يعطيهم الامام من ذلك المال
لان مال بيت المال معد لنوايب المسلمين ويكره مع وجود ذلك الجعل وهو ان يكلف الامام
الناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح ونحو ذلك في الخروج الى الغزو ولان فيه شبهة
الاجرة فاذا تمحض اجرة كان حراما واذا اشبهها كان مكروها بخلاف ما اذا لم يكن في بيت المال فيء
حيث لا يكره ان يكلف الناس الامام بان يقوي بعضهم بعضا لما روي عن عمر رضي الله عنه
انه كان يغزي العزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد قالوا ان النبي صلعم
اخذ دروع صفوان حين الحاجة فلان يجوز بطيب النفس اولى وجهز عثمان جيش

العسرة فكانت صدقة متقبلة من اعظم الصدقات ولان دفع الضرر الاعلى بالادنى اعنى دفع
الضرر العام بالخاص متحمل مجاز ولان الامام نصب ناظرا للمسلمين فاذا راى فى ذلك الصلاح فلا
باس ان يأمرهم بذلك والجعل ما جعل من شىء للانسان على شىء يفعله والمراد هنا ما يضربه الامام للغزاة
على الناس بما يحصل به التقوى للخروج الى الحرب الضرر الاعلى وهو شر الكرة يقال اغزى الامير الجيش
اذا بعثه الى العدو والحرب الذى لا امارة له وحليلة الرجل امرأته والشاخص اسم فاعل من شخص
من مكان الى مكان اذا سار فى ارتفاع فاذا سار فى حدور فهو هابط كذا قاله ابن دريد وشخوص الرجل
ببصره اذا مد النظر لا يطرف طرفه الى السماء ولا يكون الشاخص الا كذلك والمراد هنا الاول اعنى
الذى ينهض الى العدو **باب كيفية القتال** لما فرغ من بيان ان الجهاد فرض كفاية او فرض عين على
تقدير النفير العام وعلى من يجب وعلى من لا يجب شرع فى هذا الباب فى بيان كيفية كيفية القتال
مع الكفار اذا اريد القتال معهم **قوله** واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا
دعوهم الى الاسلام وهذا لفظ القدورى فى مختصره وتمامه فيه فان اجابوهم كفوا عن قتالهم
وان امتنعوا دعوهم الى اعطاء الجزية فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم والاصل فى ذلك
ما حدث صاحب السنن باسناده الى علقمة بن مرثد عن سليمان بن بريدة عن ابيه قال كان رسول
الله صلعم اذا بعث اميرا على سرية او جيش اوصاه بتقوى الله فى خاصة نفسه وبمن معه من
المسلمين خيرا وقال اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى ثلاث خصال او خلال
فايتهن ما اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف
عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم انهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين
وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا واختاروا دارهم فاعلمهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجرى
عليهم حكم الله يجرى على المسلمين ولا يكون لهم فى الفىء والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين
فان هم ابوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن
بالله وقاتلهم واذا حاصرت اهل الحصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله عز وجل فلا
تنزلهم فانكم لا تدرون ما يحكم فيكم ولكن انزلوهم على حكمكم ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفى السنن
ايضا بسنده الى سليمان بن بريدة عن ابيه عن النبى صلعم قال اغزوا بسم الله وفى سبيل الله و
قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا وفى السنن ايضا بسنده
الى انس بن مالك ان رسول الله صلعم قال انطلقوا بسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله لا

تقتلوا

تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا
فان الله يحب المحسنين شرح الحديث اما الامر بالدعاء الى الاسلام فلقوله تعالى وما كنا معذبين
حتى نبعث رسولا لكن هذا فيما اذا لم تبلغهم الدعوة فاذا بلغتهم فلا حاجة الى تجديد الدعوة الا
ترى الى ما روى صاحب السنن ان النبى صلعم اغار على بنى المصطلق وهم غارون وانعامهم
تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى سبيهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحرث والافضل تكرار
الدعوة واما الامر بالكف عنهم اذا اجابوا الى الاسلام فلقوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلاة
وآتوا الزكوة فخلوا سبيلهم ولقوله تعالى فان انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين ولان المقصود
من الجهاد اسلامهم فقد حصل واما الامر بالتحول الى دار المهاجرين فان الهجرة كانت فريضة
قبل فتح مكة ثم قال عليه الصلاة والسلام لا هجرة بعد الفتح واما الامر بالاعلام ان لهم ما
للمهاجرين وهو ثبوت حقهم فى الخمس والغنيمة واما كونهم كاعراب المسلمين من حيث انه لا
حق لهم فى الخمس والغنيمة حيث لا يحصل للمسلمين بهم شوكة وقوة فان قاتلوهم استحقوا اسهما
من الاربعة الاخماس واما الامر بعد الاباء بدعائهم الى الجزية فلقوله تعالى قاتلوا الذين لا
يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى قوله حتى يعطوا الجزية فان قبلوها قام ذلك مقام الاسلام
فى حقن الدم والمال وفيه دليل على انه عليه الصلاة والسلام بعثهم الى من يقبل منهم الجزية
لان عبدة الاوثان من العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف فلا معنى الى دعائهم
الى الجزية ثم الى قتالهم واما النهى عن انزالهم على حكم الله فلان الاحكام لم تكن مستقرة فما كان
يعلم حكم الله لاحتمال حدوث حكم او نسخ حكم فاما اليوم فهى مستقرة فيجوز الانزال على حكم
الله واما قوله اغزوا بسم الله فذاك لافتتاح الكلام على وجه التبرك واما الغدر وهو
نقض العهد وتركه فحرام لقوله واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم واما الغلول وهو الخيانة فى المغنم
فذاك حرام ايضا لقوله تعالى وما كان لنبى ان يغل ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة يقال
حاصر العدو اذا احاط به وضيق عليه والمدينة هى البلدة العظيمة من مدن
بالمكان اذا اقام به فعلى هذا هى فعيلة وقيل مفعلة من قولهم دينت اى ملكت و
الامة يقال لها مدينة ذكره فى الجمهرة والحصن معروف وقوله كفوا عن قتالهم اى
امتنعوا وكف جاء لازما ومتعديا فعلى الاول بفتح الكاف وعلى الثاني نصبها ويجوز
الفتح ايضا على معنى منعوا انفسهم عن قتالهم **قوله** وقد قال النبى صلى الله وسلم امرت

ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث تمام الحديث في رواية ابي هريرة فاذا قالوها عصموا
مني دماءهم واموالهم الا بحقها وحسابهم على الله عز وجل وهذا الحديث في قوم لا يوحدون الله تعالى
اما اليهود والنصارى فانهم يقرون برسالة الرسول عليه الصلاة والسلام بعد التوحيد هم يبتغون وامن
دينهم فلا يحكم باسلامهم لانهم يقولون ان محمدا رسول الله الى العرب دوننا بل على هذا ما حدث
صاحب السنن باسناده الى انس قال قال رسول الله صلعم امرت ان اقاتل الناس حتى يشهدوا
ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله وان يستقبلوا قبلتنا وان ياكلوا ذبيحتنا وان يصلوا
صلاتنا فاذا فعلوا ذلك حرمت علينا دماؤهم واموالهم الا بحقها لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين
قوله وان امتنعوا اي عن الاسلام قوله به امر رسول الله صلعم اي بالدعاء الى الجزية امر رسول
الله صلعم على تقدير امتناعهم عن الاسلام قوله على ما نطق به النص اراد به قوله تعالى حتى
يعطوا الجزية عن يد وهم دعوهم الى اداء الجزية وهذا لان المرتدين ومشركي العرب لا تقبل منهم
الا الاسلام المسلمين وهذا لما مر من حديث سليمان بن بريدة فان اجابوك فاقبل منهم وكف
عنهم ولقوله تعالى حتى يعطوا الجزية فيكون قبول الجزية قائما مقام الاسلام في حقن الدم
والمال وقد صح عن علي انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا
والمراد من اعطاء الجزية وبذلها قبولها لان القتال ينتهي بمجرد القبول وجود الاعطاء والبذل
بالاجماع قوله فيه اي في الجزية وتذكير الضمير على تاويل المذكور قال صاحب الكشاف سميت
جزية لانها طائفة مما على اهل الذمة اي يجزيه اي تقضوه ولانهم يجزون بها من من عليهم
بالاعفاء عن القتل قوله ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه وهذا
لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ويستحب ان يدعون بلغته الدعوة ولا يجب ذلك
وان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم وقد مر بيان ذلك في الحديث الطويل وقوله
فنكفي بالنون على صيغة المبني للمفعول مؤنة القتال بالنصب على انه مفعول ثان ولا غرامة
لعدم العاصم يعني لا يجب الغرامة بقتلهم قبل الدعوة وان كان فيه اثم لعدم العاصم عن
الذمة وهذا لان العصمة اما بالاسلام او بدار الاسلام وكل ذلك منتف فلا يجب
الا بقتلهم لا قصاص ولا دية ولا يجب ذلك اي دعاء من بلغته الدعوة وهم نادرون فالمسلمين
اي غافلون قوله وعهد الى اسامة اي اوصاه اي على ورد [illegible] موضع بالشام وهو
روى صاحب السنن باسناده الى اسامة ان رسول الله صلعم كان عهد اليه فقال

على

على ابنى صباحا وحرق والغارة لا تكون بدعوة وذلك لان الاغارة فيها ستر الامر والاخبار منه
ولهم بنتين كيف تعبئو وقد مر ذلك في فصل الحرز في السرقة والمعبئ مواي الهلك قوله ونصبوا عليهم المجانيق
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وحرقوهم وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم و
افسدوا زروعهم وذلك لما روى البخاري باسناده الى نافع عن ابن عمر قال حرق رسول الله صلعم نخل
النضير وقطع وهي البويرة فنزلت ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها فباذن
الله وليخزي الفاسقين قال ولهذا يقول حسان بن ثابت : وهان على سراة بني لؤي حريق بالـ
بالبويرة : مستطير ولان المقصود كبت العدو وكسر شوكتهم ويحصل ذلك بالاحراق والتغريق والمهلكة
ونحو ذلك فجاز والبويرة على مثال الدويرة تصغير الدار وهي التصغير [illegible]
والكنية النخلة ما خلا العجوة والبرنية قوله ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر
هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان رمي الكفار بالنبل والمنجنيق والنار وضربهم وطعنهم
جائز وان كان فيهم مسلم تاجر مستامن او اسير او من اسلم منهم وروى عن الحسن بن زياد انه
لا يجوز لان قتل المسلم حرام وقتل الكافر مباح والمحرم مع المباح اذا اجتمعا فالرجحان للمحرم ولان
قتل المسلم لا يجوز الاقدام عليه وقتل الكافر يجوز تركه الا ترى للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة
المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم اولى ولنا ان قتالهم فرض لورود الامر بالنص فلو كان
هذا العارض معتبرا ادى الى سد باب الجهاد فلا يجوز ذلك لانه ماض الى يوم القيامة وهذا لانه
لا يخلو حصونهم عن مسلم الا نادرا والنادر لا يعتد به فحققه ان الرمي اليهم جائز وان كان فيهم مسلم
وصبيانهم لكن اذا كان فيهم مسلم والجائع كونه بحيث لا يجوز قتله فيهم ولانه دفع الضرر العام وهو
الكف ويتحمل الضرر الخاص وهو قتل الاسير والتاجر فجاز قوله بالذب عن بيضة الاسلام
يقال ذب عنه يذب ذبا اذا منع عنه وفي حديث عمر له انما النساء لحم على وضم الا ما ذب عنه
وبيضة الاسلام مجتمعة للشبهة المعنوية بينها وبين بيضة النعامة ونحوها لان تلك
مجتمع الولد كذا ذكر صاحب المغرب فلو امتنع باعتباره لانسد بابه اي لو امتنع رميهم باعتبار
المسلم الاسير والتاجر لانسد باب الجهاد قوله وان تترسوا بصبيان المسلمين او الاسارى لم يكفوا
عن رميهم وهذا لفظ القدوري وقال الشافعي اذا فعلوا ذلك لم يجز ان يبتديهم بالرمي فان
لم يرموا جاز الرمي ويقال للرامي اجتهد في اصابة المشرك وتجنب المسلم لنا ان في رميهم دفع الضرر
العام ولا يخلو يلزم سد باب الجهاد وعلى تقدير ترك الرمي وقد مر بيانه قبيل هذا وهو المراد بقوله

لما بينا يقال تترس بالترس اذا توقى به قو ويقصدون بالرمي الكفار وهذا لفظ القدوري
يعني اذا تترسوا بصبيان المسلمين وان كانوا لا يكفون عن رميهم لكن يقصدون بالرمي الكفار
لا المسلم اي يرمون على ان قصدهم اصابة الكافر لا المسلم لان المسلم لا يجوز قتله قصدا فيقصد قتله
من يجوز قتله ولان التمييز بين المسلم والكافر وان لم يكن بالفعل يمكن بالقصد والنية ولا يكلف
الله نفسا الا وسعها ومع هذا لو اصاب مسلما فقتله فلا دية ولا كفارة وقال الحسن ابن زياد
عليه الدية والكفارة كذا ذكره القدوري في شرحه وبه اخذ الشافعي لانه تبين صورة الخطا لانه
ما رمى الا الكفار ولا خطاء مع العلم ولنا ان ايجاب الضمان سد باب الجهاد فلا يجوز لان الناس اذا علموا
فيه ضمانا يمتنعون عنه خوفا من الضمان ولا يلزم على هذا تناول مال الغير حالة المخمصة حيث لا امتناع
ثمة مع وجود الضمان لان ثمة لا يمتنع من التناول وان كان فيه الضمان لما فيه نفع اعظم من ضرر
الضمان وهو احياء النفس فيحتمل ذلك الضرر لهذا النفع بخلاف الضمان الحاصل في ضمن الجهاد
حيث يلزم ترك الجهاد من خوف الضمان لعدم نفع اخر اعظم منه للنفس في الحال مع ان في الجهاد تعريض النفس
على التلف وايجاب الضمان صعب على ابائه ولان الغرامات لا تجب باتيان الفروض لان الفرض مامور به
وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة فلا غرامة بالفرض فان قلت يرد عليكم
على هذا قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر قلت لا نسلم لانه عام خص منه
البغاة وقطاع الطريق فيخص المتنازع بما قلنا قو هذا الضمان مصروب على انه معمول به قو ولا باس
باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه وتمامه في مختصر القدوري
ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها والاصل فيه ما روى البخاري وصاحب السنن باسناده الى
ابن عمر قال نهى رسول الله صلعم ان يسافر بالقران الى ارض العدو والمعنى في النهي خوف ان يناله
العدو ويستخف به سخطا على المسلمين وهذا المعنى انما يكون اذا كانت السرية بحيث لا يؤمن على
المصاحف فيها القتل بخلاف ما اذا كان العسكر عظيما لان الغالب السلامة والامن وكذلك النساء
في جماعة قليلين لا يؤمن عليهن من وقوع الفضيحة فيهن بخلاف العسكر العظيم حيث يجوز
اخراجهن معه لانتفاء المانع وكذلك اذا دخل المسلم اليهم بامان فلا باس بحمل المصحف معه اذا كانوا
الظاهر منهم الوفا بالعهد وعدم التعرض قو وهو التاويل الصحيح اي تخصيص المصاحف على الا
هو التاويل الصحيح لنهي النبي صلعم عن المسافرة بالقران الى ارض العدو وانما قيد بالصحيح احترازا عما
قيل ان النهي كان في ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف كيلا ينقطع من ايدي الناس فاما

الآن

الآن فقد كثرت فلا باس باخراجها مطلقا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال ابو
الحسن الكرخي انما كان ذلك عند قلة المصاحف والسرية عدة قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار
ذكره في المبسوط وقال محمد في سير الكبير ادنى ما يبعث في السرية ادناه ثلاثة ولو بعث بما دونه جاز
وعن ابي حنيفة اقل السرية مائة وقال الحسن ابن زياد من قول نفسه اقل السرية اربعمائة واقل
الجيش اربعة الاف قو والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن ذكر هذا تفريعا
لمسئلة القدوري فقال انما يخرج من النساء من طعنت في السن لكن لاجل عمل يليق بهن كالطبخ ونحوه
لا للقتال ولا للمباضعة الا الشواب فان قعودهن في البيت ادفع للفتنة فان كانوا يريدون
المباضعة فعليهم بالاماء لا الحرائر قو ويستدل به اي بقتال النساء للمباضعة اي لاجل معه قو ولا
تقاتل المراة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده وهذا لفظ القدوري في مختصره وقد مر بيان
ذلك قبل هذا الباب لما بينا اشارة الى قوله لتقدم حق المولى والزوج قو الا ان يهجم العدو للضرورة
استثناء من قوله لا تقاتل الا باذن زوجها والا باذن سيده يعني اذا هجم العدو بلاد بدون الاذن
للضرورة ولفرض الاستئذان يصير فرض عين قو وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا
يمثلوا هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا اعمى
ولا مقعدا الا ان يكون احد هؤلاء ممن له راي في الحرب او تكون المراة ملكة وقد مر بيان ذلك في حديث
انس في اول هذا الباب وحدث البخاري باسناده الى ابن عمر قال وجدت امراة مقتولة في بعض
مغازي النبي صلعم فنهى رسول الله صلعم عن قتل النساء والصبيان وروى صاحب السنن باسناده
الى رباح بن ربيع قال كنا مع رسول الله صلعم في غزوة فراى الناس مجتمعين على شيء فبعث
رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء فقال على امراة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل قال
ابو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي اما الشيخ الفاني فانا نقتله اذا كان ذا راي في
الحرب او كان كامل العقل ومثله يقتله اذا ارتد والذي لا نقتله هو الشيخ الفاني الذي خرف
وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا ح يكون بمنزلة المجنون والصبي فلا يقتل اذا كان حربيا
ولا اذا ارتد واما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ ويجوز قتلهم اذا راى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس
بعد ان يكونوا عقلاء ونقتلهم ايضا اذا ارتدوا كذا في شرح الطحاوي وقال في شرح الاقطع
قال الشافعي ان الشيخ والاعمى والمقعد يقتلون وذلك ضعيف لما مر من حديث انس
في حديث رباح روينا الخ يبينه على ان علة القتل هي القتال وهؤلاء لا يقاتلون فلا يجوز

قتلهم لعدم العلة فان قلت قد روى صاحب السنن باسناده عن سمرة بن جندب قال قال
رسول الله صلعم اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم قلت المراد منه الشيوخ الذين يقاتلون
او فيقابلون الحرب بتيقن او من له راي في الحرب كما قتل دريد بن الصمة يوم اوطاس وهو ابن
مائة وعشرين سنة لانه كان يجيء يستعان برايه في الحرب قوله والمثلة المروية في قصة العرنيين
منسوخة بالنهي المتاخر يعني ان ما روي عن النبي صلعم في ان سمل اعينهم منسوخ بالنهي وهو قوله
ولا تمثلوا والنهي متاخر لما روي عن عمران بن الحصين انه قال ما قام رسول الله صلعم خطيبا بعد
ما مثل العرنيين الا كان يحضنا على الصدقة وينهانا عن المثلة يقال مثلت بالرجل امثل به
مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت انفه وما اشبه ذلك كذا في الفائق قوله ولهذا لا
يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف البنية لكون الحراب
عن البنية للقتال الى هذا اشار بقوله ما بينا و يقتل اقطع اليد اليسرى او احد الرجلين وان
لم يقاتل احد الا انه من اهل القتال والآلة باقية واراد بيابس الشق مفلوج الذي بانه
يبطل حسه وحركته منه قوله هذه كلمة تنبيه والهاء في اخرها للسكت وقيل الدواري النسا
ههنا في قوله نهى عن قتل الصبيان والدراري وقال في العرنيين وفي الحديث لا تقتلوا ذرية
ولا عسيفا اي امراة ولا اجيرا قوله ولا يقتل مجنون هذا لفظ القدوري في مختصره وقال الا انه
يكون يعقل فصار كالصبي الا اذا قاتلا فيقتلان دفعا لشرهما اما اذا اخذ بعد الفراغ من
القتال فلا يقتلان لانهما ليسا من اهل القتل بخلاف الرهبانيين والشيوخ اذا قاتلوا حيث
يباح قتلهم بعد الفراغ ايضا جزاء على قتالهم بخلاف المراة اذا لم تقاتل حيث لا يقتل الا اذا كانت
ملكة فتقتل كسرا لشوكتهم وان لم تقاتل كما اذا كان الصبي او المعتوه ملكا يقتلان لهذا المعنى
وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنايس الذين لا يخالطون الناس
فان خالطوا يقتلون كالقسيس ونحوه وكذلك الراهب ان دل عورة المسلمين جاز قتلهم قوله
وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح يعني يقتل حال افاقته سواء وجد منه
القتال اولا لكونه مقاتلا مخاطبا قوله ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله و
هذه من مسايل الجامع الصغير واصله ما روى اصحابنا في كتبهم ان حنظلة بن ابي عامر
استاذن النبي صلعم في قتل ابيه الكافر فلم ياذن له وان عبد الله بن ابي بن سلول كان
راس المنافقين وكان ابنه مخلصا يقال له عبد الله ايضا فاستاذن النبي صلعم في

قتل ابيه فلم ياذن له ولانه امر بالمعروف في المصاحبة بنص الكتاب فلا يحل ان يقتله ولان
الابن يجب عليه نفقة والده ولا نفاق بسبب الاحيا فلا يجوز للزوم التناقض قال فان ادركه
امتنع عليه حتى يقتله غيره اي امتنع الابن لقتل ابيه واقفا عليه بان يعالجه بضرب قوايم
فرسه ونحو ذلك وانما يمتنع كي يقتله غيره لان الابن كيلا يلحق الابن ماثم في مباشرة قتل ابيه الا ان
ما اذا قصد الاب الكافر قتل ابنه المسلم بحيث يحل لم قتل الاب دفعا عن نفسه اذا لم يمكن رده
يمتنع منه الا بالقتل الا ترى ان الاب المسلم لو قصد قتل ابنه ولم يمكن له دفعه الا بالقتل حل
قتله فهنا اولى قوله من غيره اقتحام الماثم اي من غيره دخوله في الماثم يقال اقتحم الفرس النهر اي
دخله قوله لاطلاق في اخبايه اي الاجازة في افنا الاب قال في شرح الطحاوي وما سوى الوالدين
من ذوي الرحم المحرم فلا باس بقتله هذا في الكافر واما في اهل الخوارج والبغي وكل ذي رحم محرم كالاب
سواء واما في الرجم في باب الزنا فان البداية بالشهود شرط فلو كان الشاهد هو الولد فلا باس
ان يرجم ولا يقصد القتل قوله لما بينا اشارة الى قوله لان المقصود الدفع باب الموادعة
ومن يجوز امانه لما فرغ من بيان القتال شرع في بيان الموادعة وهي المصالحة بان يتوادع كل واحد من
فريقي المسلمين والكافرين القتال مع الاخر لان ترك الشيء يقتضي وجود ذلك الشيء سابقا لا محالة
قوله واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به وهذا
لفظ القدوري في مختصره اي لا باس بالصلح اعلم ان الموادعة مع اهل الحرب لا يجوز الا اذا كان في
المسلمين ضعف او كانت الموادعة خيرا للمسلمين كذا ذكره الكرخي في مختصره وهو معنى قوله
وكان ذلك مصلحة وهذا لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها يقال جنح له واليه اذا مال ولما روى
البخاري في الصحيح باسناده الى البراء بن عازب قال صالح النبي صلعم المشركين يوم الحديبية
على ثلثة اشيا على ان من اتاه من المشركين رده اليهم ومن اتاهم من المسلمين لم يردوه وعلى
ان يدخلها من قابل ويقيم بها ثلاثة ايام ولا يدخلها الا بجلبان السلاح السيف والقوس
ونحوه ولان المقصود من الجهاد دفع شرهم وفي الصلح ذلك فكان الصلح جهادا من حيث
المعنى وان لم يكن من حيث الصورة فجاز بخلاف ما اذا لم يكن للمسلمين حاجة الى الصلح
حيث لا يجوز لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون ثم يجوز الموادعة بجعل
وبغير جعل لان اخذ مالهم على ترك القتال يجوز كالجزية ويوضع موضع الخراج ولا
خمس فيه ويجوز على مال يعطيهم ايضا دفعا لشرهم ويجيء بعد هذا ان شاء الله تعالى فان قلت

ان الاية وهي قوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها منسوخة في قول ابن عباس بقوله تعالى قاتلوا الذين
لا يؤمنون بالله وفي قول مجاهد بقوله فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكيف جاز الاحتجاج
بها قلت قال في الكشاف الصحيح ان الامر موقوف على ما يرى فيه الامام صلاح الاسلام واهله
من حرب او سلم وليس بحتم ان يقاتلوا ابدا او يجابوا الى الهدنة ابدا وفي السلم ثلاث لغات
فتح السين وكسرها مع سكون اللام وفتحها جميعا وهي مما يذكر ويؤنث والجلبان
بضم الجيم واللام وتشديد الباء يشبه جرابا يجعل فيه الرجل سيفه مغمودا وسوطه
واداته ويتوطه ورا رجله وقيل هو بسكون اللام تخفيف وتشديد الباء قوله واد
رسول الله صلعم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين
فيه نظر لان الصحيح عند اصحابنا المغازي ان رسول الله صلعم وادعهم على ترك
القتال سنتين هكذا ذكره معتمر بن سليمان في كتابه عن ابيه ولا يقتصر الحكم على
المدة المروية اراد به عشر سنين قوله لتعدي المعنى وهو دفع الشر بخلاف ما
اذا لم يكن خيرا اتصل بقوله وكان ذلك مصلحة للمسلمين ولا باس به يعني لا يجوز الصلح اذا لم يكن
خيرا للمسلمين للزوم ترك الجهاد صورة ومعنى قوله وان صالحهم مدة ثم راى نقض الصلح انفع
نبذ اليهم وقاتلهم وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى واما تخافن من قوم
خيانة فانبذ اليهم على سواء النبذ الطرح والمراد بنبذ العهد هو الاعلام بنقض العهد
وقد صح ان النبي صلعم وادع قريشا فلما اراد النبذ بعث الى مكة من ينادي بنقض الصلح
الا ترى الى ما روى البخاري في الصحيح ان ابا هريرة يطوف بالبيت عريان ثم نبذ ابو بكر
الى الناس في ذلك العام فلم يحج عام حجة الوداع الذي حج فيه النبي صلعم مشرك ولان الصلح
كان لاجل مصلحة المسلمين فاذا كانت مصلحتهم بخلاف ذلك تركه وانما ينبذ لئلا يكون غادرا
وذلك حرام موجب للاثم الا ترى الى ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله بن
عمرو قال قال رسول الله صلعم اربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث
كذب واذا وعد خلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر ومن كانت خصلة منهن كانت فيه
خصلة من النفاق حتى يدعها ثم لا بد من بلوغ خبر النبذ الى جميعهم احترازا عن الغدر قال
في شرح ابي النصر فقد اعتبروا في ذلك ان يمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ ان ينفذ الى
جميع اطرافه ويعلمهم ذلك فاذا مضت بهذه المدة جاز للمسلمين ان يغيروا عليهم وعلى

اطرافهم

اطرافهم ومتى علم المسلمون ان القوم لم يعلموا بذلك لم يحل لهم ان يغيروا عليهم حتى تمضي المدة المذكورة
وفي قوله تعالى خيانة اي نقضا للعهد فانبذ اليهم على سواء اي الق اليهم نقضك العهد لتكون انت
وهم في العلم بالنقض سواء يعني تكشفوا ايضا قوله قال فان بدوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان
ذلك باتفاقهم اي قال القدوري في مختصره يعني ان بدا الكفار بنقض العهد يقاتلهم الامام قبل
النبذ لكن بشرط ان يكون نقضهم للعهد باتفاق منهم لانهم نقضوا العهد فلا غدر في اذن
في قتالهم كذي نقض العهد ولحق بدار الحرب بخلاف ما اذا لم ينقض اهل ناحية منهم حيث لم
يقاتلهم الا بالنبذ اليهم بخلاف ما اذا خرج الى دار الاسلام جماعة لا منعة لهم فقطعوا الطريق
حيث لا يكون ذلك نقضا للعهد اصلا لا في حقهم ولا في حق غيرهم كذي نقض العهد في دارنا
فاذا كانت لهم منعة يكون ذلك نقضا في حقهم خاصة فيجوز قتلهم واسترقاقهم سوى من معهم
من النسوان والصبيان الا اذا كان ذلك باتفاق ملكهم ثم يكون نقضا في حق جميعهم لوجود الرضا
منهم وهو معنى قوله لانه باتفاقهم قوله وان راى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذ
على ذلك مالا فلا باس به وهذه مسألة الجامع الصغير المعادة وانما ذكرها بعد ان
بين حكم موادعة اهل الحرب لان في مسألة القدوري لم يذكر الموادعة على المال ولم يذكر
الموادعة على المرتدين ايضا وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اهل الحرب ان راى
الامام ان يوادعهم فعل وان اخذ على ذلك مالا فلا باس به واما المرتدون اذا قالوا وادعونا
حتى ننظر في امرنا فلا باس بان نوادعهم ولا ياخذ على ذلك مالا فان اخذه لم يرده عليهم اما الموادعة
مع اهل الحرب فجائزة بالكتاب والسنة وقد بيناه انفا وجازت بالمال لان فيه وفور منفعة
المسلمين فاذا جازت بدون المال فبالمال اولى ثم المال الماخوذ يوضع في مصارف الخراج و
الجزية اذا اخذ وا بعد ذلك فحكمه حكم سائر الغنائم يخمس فيقسم الباقي بين الغانمين واما
اهل الردة فلا باس بموادعتهم اذا طلبوا ذلك رجاء الاسلام منهم لان القتال مع اهل الكفر
لا على كلمة الله تعالى وطلب الاسلام فاذا طلبوا الموادعة حصل رجاء الاسلام فيؤخر عنهم
القتل قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا اذا غلبة المرتدون على مدينة وصارت
دارهم دار الحرب يدل على ما ذكره الفقيه وضع المسألة في مختصر الكرخي بقوله غلب ~~لا يجوز~~
المرتدون على دار من ~~دار الحرب~~ فلا باس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا
يجوز لانه في معنى الجزية فلا يجوز اخذ الجزية من اهل الردة ولكن مع هذا لو اخذ لا يرده عليهم

دور الاسلام

لان مالهم فى للمسلمين اذا ظهروا على ذلك بخلاف ما اخذ من اهل البغى حيث يرده عليهم بعد
ما وضع الحرب اوزارها لانه ليس بفيء الا انه لا يرده حال الحرب لئلا يكون اعانة لهم على
المعصية قوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكر قبل هذا بخطوط بقوله لان ترك الجهاد صورة ومعنى
ويجوز ان يكون اشارة الى قوله لانه لشبه الاجر قبل باب كيفية القتال بخمسة خطوط قوله منهم اى
من المرتدين لما بينا اى فى باب الجزية قوله ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على
مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام وهذه مسئلة الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة الجامع
الصغير وانما لا يفعله لان فيه الحاق الذى الصغار بالمسلمين فلا يجوز ذلك لقوله عليه الصلاة
والسلام لا ينبغى للمؤمن ان يذل نفسه الا اذا كان المسلمون يخافون الهلاك على انفسهم فلا باس
بذلك لانهم اضطروا الى دفع الهلاك عن انفسهم والضرورات تبيح المحظورات فجازت الموادعة
سواء كان بمال او بغير مال وهو معنى قوله باى طريق يمكن قوله لما فيه من اعطاء الدنية قال فى
المجمل الدنية النقيصة وسمعت شيخنا برهان الدين الخريفغنى العقد فى هذا المقام اذا ما اهان
امرء نفسه فلا اكرم الله من يكرمه قوله ولا ينبغى ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم هذا
لفظ القدورى فى مختصره اى لا يحمل اليهم التجار الجهاز وهو المتاع يعنى هنا السلاح وفى الجامع
الصغير يكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفى الشامل فى قسم المبسوط لا يحمل التجار اليهم
الكراع والسلاح والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وفى بيع السلاح منهم او حمله اليهم
اعانة لهم على المعصية فلا يحل بخلاف ما اذا باع بالكوفة من اهل الكوفة ممن لا يعرف انه من
اهل الفتنة منهم وحمله اليهم يكره لتقويتهم على المعصية قال الفقيه ابو الليث فى شرحه للجامع
الصغير وليس هذا كما قالوا فى بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس باله للمعصية
وانما يصير اله للمعصية بعد ما يصير خمرا واما هنا فالسلاح اله الفتنة فى الحال فاذا كان هكذا
يكره ممن يعرف بالفتنة فبا اشارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره لان نفسه ليس اله للمعصية
كالعصير واليه ذهب فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير حيث قال دخل فى السلاح
واما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا باس كما كرهنا بيع المزامير وابطلت البيع الخمر ولم نبطل بيع
العنب باسا ولا ببيع الخشب وما اشبه ذلك قلت هذا هو التحقيق الا ان ظاهر الرواية بخلاف
ذلك الا ترى ان الحاكم قد نص على تسوية الحديد والسلاح واليه ذهب صاحب الهداية حيث
قال وكذا الحديد لانه اصل السلاح لكن يرد عليه بيع الخشب ممن يتخذه اله المعازف حيث

يكره

يكره وكذا لا يكره بيع العصير ممن يتخذه خمرا قوله وكذا الكراع اى الكراع كالسلاح لا يباع منهم ولا يجهز
اليهم لما بينا اشارة الى قوله لان فيه تقويتهم قوله وكذا بعد الموادعة اى كما لا يباع السلاح والكراع
منهم قبل الموادعة فكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض بتبدل المصلحة او على شرف انقضاء مدة
الموادعة فيلزم تقويتهم قوله وهذا هو القياس فى الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص يعنى كان
القياس فى بيع الطعام والثوب منهم وحمل ذلك اليهم ان يكون مكروها الا انا تركنا القياس بما روى
ان امر النبى صلعم ثمامة بان يمير اهل مكة ان يأتيهم بالطعام وكان اهل مكة حربا على رسول الله صلعم
ح ولان الطعام ليس كالسلاح لانه اله القتل والفتنة وليس كذلك الطعام ونحوه قال الحاكم الشهيد
فى الكافى فان كان الحربى جاء بسيوف فاشترى مكانه قوسا او رمحا او فرسا لم يترك ان يخرج به مكان
سيفه وكذلك ان استبدل مكان سيفه سيفا خيرا منه وان كان مثله او شر منه لم يمنع فصل قوله
واذا امن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من
المسلمين قتالهم وهذا لفظ القدورى فى مختصره اعلم ان امان واحد الحر المسلم جائز سواء كان ذكرا
او انثى او اعمى او شيخا او مريضا وفى امان العبد كلام يجىء بعد هذا انشاء الله تعالى والاصل فيه ما روى صاحب
السنن باسناده الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلعم المسلمون
تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وفى السنن ايضا مسندا الى ابن عباس قال حدثتنى ام هانى
بنت ابى طالب انها اجارت رجلا من المشركين يوم الفتح فاتت النبى صلعم فذكرت ذلك له فقال
قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت وفيه ايضا مسندا الى عائشة رضى الله عنها قالت ان كانت
المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز امان الواحد الحر منا لانه من اهل القتال اما بماله فتسببا او بنفسه مباشرة
اما تاويل قوله عليه الصلاة والسلام ما كانت هذه تقاتل اى بنفسها فلما ثبت الامان فى حق المؤمن
ثبت فى حق ساير المسلمين كما فى شهادة الواحد بهلال رمضان اذا كان بالسماء علة لانه ليس
بعضهم بكذا احقا ولان سبب الامان وهو الايمان او اعطاء الامان ليس بمتجز فلا يتجزى ايضا
ثبوته فى حق البعض دون البعض بل ثبت كاملا فى حق الجميع لان ثبوت المسبب بحسب السبب
كما فى ولاية الانكاح لان سببها وهو القرابة ليس بمتجز فلا يتجزى الولاية ايضا ولهذا اذا زوج
احد الاولياء ليس للباقين الفسخ ومعنى الحديث اما قوله تتكافأ دماؤهم اى تتساوى فى
القصاص والديات لا فضل لشريف على وضيع كذا قال ابو عبيد واما قوله ويسعى بذمتهم
ادناهم فالذمة الامان ولهذا سمى المعاهد ذميا لانه قد اعطى الامان على ماله ودمه للجزية التى

توخذ منه ومنه قوله سلمان الفارسي ذمة المسلمين واحدة وادناهم اي اقلهم كقوله تعالى ولا ادنى من ذلك
ولا اكثر وهذا من الدنو وقد يجي بالبعد من الدناية واما قوله ويجير عليهم اقصاهم ويروى ويرد
عليهم اقصاهم فمعناه اذا دخل العسكر ارض الحرب فوجه الامام السرايا فما غنمت من شيء جعل لها
ما سمي لها ورد ما بقي على اهل العسكر لانهم ردء للسرايا ويقال اجرت فلانا على فلان اذا حميته منه ومنعته
واما قوله وهم يد على من سواهم اي كلمتهم ونصرتهم واحدة على جميع الملل المحاربة لهم يتعاونون على ذلك
ولا يخذل بعضهم بعضا قوله لملاقاته محله اي لملاقات الامان محل الامان ومحله هو الحربي الخائف
قوله ثم يتعدى الى غيره اي يتعدى الامان الى غير الذي امن من المسلمين قوله وهو الايمان اي سبب الامان
من الايمان اي اعطاء الامان لانه يقال امنته اي اعطيته الامان فامن وقال بعضهم في شرحه المراد
بالايمان التصديق بالقلب وفيه خلل لانه لا يقال امنت بمعنى صدقت فحصل الجري في امان
قوله لا يصح امان الذمي اي اعطاء الامان منه لان شرطه كون الشخص حرا مسلما من اهل القتال قوله
لولاية الانكاح اي وان اخرج بيانه فيما بيناه قوله قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم اي قال
القدوري في مختصره وهو استثناء من قوله ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم يعني اذا كان في ذلك
مفسدة فينبذ الامام اليهم كما لو امن الامام بنفسه ثم راى خلاف ذلك دفعا للضرر عن المسلمين
ودفعا للغدر عن الكفار قوله وقد بيناه اي في اول فصل الموادعة عند قوله وان صالحهم مدة ثم راى
نقض الصلح انفع نبذ اليهم والى ذلك الموضع ايضا اشار بقوله لما بينا ولو حاصر الامام حصنا
وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام وهذا تكرار لا محالة لانه علم من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة
قوله ويؤدبه الامام الضمير راجع الى واحد من الجيش قوله لافتياته على رايه او لسبقه على راي الامام
بخلاف ما اذا كان في امان هذا الواحد نظر للمسلمين ومصلحة لهم حيث لا يؤدبه الامام لانه لو انتظر الاشتغال
الى راي الامام ربما تفوت المصلحة فكان عذرا لا قداح على الامام معذورا قال في الجمل الافتيات افتعال
من الفوت وهو السبق الى الشيء دون ايتمار من يؤمر يقال لا يفتات على فلان اي لا يعمل شيء دون امره
قوله ولا يجوز امان ذمي هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان امان الذمي باطل وان حضر بمعونة
المسلمين لانه متهم في حقنا لانه يسعى ابدا في تقوية الكفر فلم يعتبر امانه مع التهمة ولان الامان ولاية
وهي نفاذ قول الانسان على الغير شاء او ابى ولا ولاية للكافر على اهل الاسلام لقوله تعالى ولن يجعل
الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فلا يصح امانه قوله قال ولا اسير وتاجر يدخل عليهم اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان الامان لدفع الخوف وهما مقهوران في ايديهم فلا خوف اذن فلا يصح اما انهما

ولانهم

ولانهم اذا احتاجوا الى الامان يكرهون الاسير او التاجر على الامان فيؤمنهم على كره والامان مشروع
لمصلحة المسلمين ولا مصلحة في امان حصل عن اكراه مفسد للرضا فلا يصح قوله ومن اسلم في دار الحرب
ولم يهاجر الينا لم يصح امانه وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري وذلك لما قال
ان الامان يختص بمحل الخوف وهو الذي اراد من قوله لما بينا قوله ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة الا ان
ياذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهذه من مسائل القدوري وقد اختلف الروايات عن ابي يوسف
في رواية الطحاوي انه مع ابي حنيفة وهو الظاهر وهكذا قال في الشامل في قسم المبسوط امان العبد
ان كان يقاتل مع مولاه جاز والا فلا عندهما وقال محمد والشافعي يجوز في الوجهين واعتمد به صاحب
الاسرار ايضا وفي شرح الكرخي قول ابي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه لمحمد قوله عليه
الصلاة والسلام وتسعى بذمتهم ادناهم وادنى المسلمين هو العبد فيصح امان العبد كيف كان
بحكم اطلاق الحديث ولان العبد المحجور عن القتال مؤمن بالله تعالى ورسوله ممتنع اي له امتناع فهو
كالماذون له في القتال فيصح امانه والجامع اعلاء كلمة الحق ودفع شر الكفار وهو معنى قوله و التاثير
اعزاز الدين واقامة المصلحة وشرط الايمان لان الجهاد عبادة فلا بد لصحتها من الايمان
وشرط الامتناع لان الامان ازالة الخوف من الحربي وخوفه ممن له قوة القتال لا محالة ولان الامان
لاقامة مصلحة المسلمين والعبد والحر فيها سواء ولان امانه لو لم يكن فيه مصلحة ينتقض الامام
بعد النبذ كما في امان الحر الواحد فيكون موقتا ثم الامان المؤبد يجوز من العبد المحجور فالموقت اولى
لانه اذا قبل عقد الذمة من الحربي جاز ولم يجز نسخه ولابي حنيفة ان الامان ازالة الخوف والكفار
لا يخافون من العبد المحجور لانه لا يملك القتال لحق مولاه فلا يصح امانه بخلاف الماذون له في القتال
لانهم يخافون منه لقتاله فيصح امانه ولان امان العبد يتصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن الحاق
الضرر بالمولى فلا يجوز الحاق الضرر به الا برضاه بيانه ان امانه لو صح يحرم القتال والاستغنام
بعد ذلك والاستغنام اكتساب مال مباح فبعد صحة الامان لا يبقى للمولى استعمال عبده في
الاستغنام وهو ضرر بالمولى لا محالة بخلاف امان الماذون فانه تصرف في حق المولى برضاه وبخلاف
المؤبد من الامان وهو عقد الذمة فانه يصح من المحجور لان عقد الذمة خلف عن الاسلام من حيث
انه ينتهي به القتال المطلوب به الاسلام ثم اذا طلب الحربي عرض الاسلام عليه من المحجور يفترض عليه
العرض فكذا اذا طلب عقد الذمة ولان الامان المؤبد مقابل بالجزية وفيها نفع بالمسلمين لا ضرر
فيصح ذلك الامان لهذا والجواب عن الحديث فالمراد منه الحر بجمع بين العقل والنقل ومعنى الادنى

هو الافعل لقوله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكثر وما حل في الحديث من صحة امان العبد فالمراد منه الماذون بدليل ما ذكرنا وما ذكر من المصلحة فهي امر يعرف بالنظر والاجتهاد يحتمل الخطا فلا يثبت في حق المولى وحق سائر المسلمين قوله فالايمان اى شرطا للامان من الذي لو من الحربي والامتناع اى شرط الامتناع قوله والتاثير اى في صحة فيلحق المحجور بالماذون لا يملك المسابقة اى لا يملك المحجور المضاربة بالسيف يعني القتال قوله ولانه اى ولان المحجور عطف على قوله لانهم لا يخافونه قوله والامان نوع قتال وذلك لان القتال لدفع شر الكفرة وفي الامان دفع شرهم ايضا وفيه ما ذكرناه اى في الامان احتمال الضرر لان الامان نوع من قتال وفيه سد باب الاستغنام اى الامان المأخوذ من بيانه لمباشرته القتال اى لمباشرة الماذون لانه لما يباشره عرف مصلحة فكان الخطا نادرا قوله وبخلاف المؤبد اى امان المؤبد وهو عقد الذمة جواب قوله والمؤبد من الامان وقد بيناه انفا ولان الضمير فيه راجع الى المؤبد في الموضعين قوله فافترقا اى افترق امان العبد العبد المحجور عليه من القتال وامان الماذون له بالقتال وافترق الامان الموقت من المحجور والامان المؤبد منه قوله ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح فالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف اى على الخلاف المذكور في العبد المحجور ذكر هذه المسئلة تفريعا لمسئلة القدوري وهي مسئلة السير الكبير قال الناطفي في الاجناس ناقلا عن السير الكبير قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الاسلام ويصفه جاز امانه ثم قال وهذا قول محمد فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز وقال في كفاية البيهقي لا يجوز امان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذلك المختلط العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه ولابي حنيفة انه لا يملك ان يتعدى في حق نفسه فبفي حق جميع المسلمين اولى والفاظ الامان للحربي لا تخف ولا توجل او مترس ولكم عهد الله او ذمة الله او تعال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير وقال الناطفي قال في السير سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السما لرجل من العدو وقياسه فقال ليس هذا بامان وابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول محمد ذكره في السير الكبير

باب الغنايم وقسمتها

وانما ذكر الغنايم بعد ذكر الامان لان الامام اذا حاصر الكفار وناداهم ان يؤمنهم والا فان يقتلهم ويغنم اموالهم فكانت الغنيمة وقسمتها احد ما يختاره الامام ثم الغنيمة اسم لمال ما خوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قايمة والفيء ما اخذ منهم من غير

خير

غير قتال كالخراج والجزية وفي الغنيمة خمس دون الفيء قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة اى قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله صلعم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج وهذه من مسايل النقل وروى اعلام المسلمين اذا فتح الامام مدينة من مداين الروم عنوة فالامام بالخيار ان شاء قتل مقاتلهم وخمس نساؤهم ودراريهم واراضيهم واموالهم ودفع الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقسم الباقي بين الذين فتحوها ويضع على اراضيهم العشر لانه ابتدا توظف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم ونسايهم واموالهم وجعلهم احرارا ذمة للمسلمين ليضع على مقاتلتهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج يسوى فيه الماء العشرى نحو ماء السماء والعيون والابار والخراج نحو ماء الانهار التي حفرتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وان شاء من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم ساير اموالهم وهذا مكروه لانه لم يترك لهم بذلك ما يتوصل به الى العمل في اراضيهم فان من عليهم برقابهم فاموالهم دون الاراضي فان ذلك لا يجوز له لانه يؤدي الى النزع وهو ضرر محض الى هنا لفظه اما القسمة فلما روي في الصحيح البخاري وغيره مسندا الى زيد ابن اسلم عن ابيه قال قال عمر رض لولا اخر المسلمين ما فتحت قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم النبي صلعم خيبر واما المن ووضع الخراج والجزية فلما روي عن عمر رض حين فتح سواد العراق انه فعل كذلك وعند الشافعي لا يجوز الخراج بالاراضي المفتوحة قهرا والمن بالمنقول لا يجوز بالاتفاق وقال في الاسرار قال بعض الناس ليس للامام ذلك بل يقسمهم في الرقاب والاراضي لان الله تعالى قسم الغنيمة فجعل الخمس لله ولرسوله والاربعة الاخماس للغانمين وليس له ان يبطل قسمة الله تعالى ولان النبي صلعم قسم خيبر وكل بلدة فتحها ولان الغنيمة حق الغانمين فلا يجوز للامام ان يبطل ذلك من غير بدل يعادله لان منفعة الخراج للغانمين ليست مثل منفعة اصل الارض وهذا حجة للشافعي ايضا لانه يقول بالمن في الرقاب انما جاز لان للامام ان يبطل حقهم في الاصل بالقتل فكذا في الخلف وهو الجزية ولنا ما روينا عن عمر وقد احتج عمر على ساير اصحاب رسول الله به بقوله تعالى ما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ثم قال للفقراء المهاجرين وادخلهم ثم قال والذين تبوؤا الدار والايمان يريد بذلك الانصار وادخلهم معهم اى وللذين ثم قال وللذين جاؤا من بعدهم اى وللذين فادخل فيهم من يجي من بعدهم

ورجعت الصحابة الى قوله حيث سمعوا الحجة بيان ذلك ان القسمة لو كانت حتما لما جاز المن با
لاراضي ووضع الخراج لم يكن من الغنيمة نصيب لمن يجي من بعدهم وذلك خلاف الاية وما علم
الخلاف من الصحابة سوى بلال واصحابه لقلة بحوثهم في الفقه فانهم كانوا اصحاب الطاهر من
لا المعنى ولا يعتبر خلافهم مع اجماع اهل الفقه من الصحابة قال القاضي ابو زيد روي ان
عمر قال اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال الحول وما فيهم عين تطرف فان قيل ان بني بجيلة
الحوا على عمر فاعطاهم ربع العراق ثم اشتراه عمر منهم بالدنانير واصاب جرير ابن عبد الله من
ذلك ثمانون الف دينار قلنا لا خلاف ان للامام ان يقسم اذا لم يرضوا طلبا لرضاهم اذا رأى
الصلاح فيه واما الخلاف في انه له حق المن ام لا وقد ثبت ذلك بالاية ولان رسول الله صلعم
فتح مكة عنوة ومن على اهلها بالابنية وهي مما تتملكه ولم يقسمها بين الغانمين يدل على ذلك
قوله تعالى وهو الذي كف ايديهم عنكم وايديكم عنهم ببطن مكة من بعد ان اظفركم عليهم وهذا
لان الكف الايدي من بعد الظفر لا يكون بالصلح بل بالقتال ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة
والسلام يوم الفتح من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن القى السلاح فهو امن فلو كان الفتح بالصلح
لما احتيج الى ذلك يؤيده قوله تعالى اذا جاء نصر الله والفتح وذلك لانه لو كان بالصلح يقال والانفتاح
لا والفتح وروى ان رسول الله صلعم دخل مكة وعلى راسه مغفر رواه النوي في السنن وذا ل
دخول اهل القتال لا الصلح والجواب من استدلاله بالمعقول فنقول الخراج وان كان لا يعادل الارض
في الحال لقلته يعادلها بدوامها لانه يجب في كل سنة وفيه نفع عام للغانمين ومن بعدهم قوله وعنوة
اي قهرا ليس بتفسير له لغة لان العنوة من عنا يعنو عنوا اذا ذل وخضع الا انه اراد القهر بطريق
الكناية لان القهر يستلزم الذل وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية قوله لم يجد من خالفه يريد بهم بلالا
واصحابه وانما لم يجد واحدا مما قابل ما ثبت عن عمر وقد مر بيانه انفا فيتخير اي الامام قوله قيل الاول الاولى هو
عند حاجة الغانمين اراد بالاول القسمة كما فعل رسول الله صلعم بخيبر وقوله والثاني عند عدم
الحاجة اراد بالثاني اقرار اهل البلد عليه بالمن ووضع الجزية والخراج قوله وهذا في العقار اي اقرار
اهل البلد عليه بالمن عليهم اما في المنقول المجرد فلا يجوز المن لعدم ورود الشرع به بل على المن
بالمنقول اذا كان مع العقار حيث يجوز ذلك تبعا يقال من عليه منا اذا انعم والمراد من المن بالمنقول
ان يدفع اليهم مجانا قوله لان في المن ابطال حق الغانمين اي عندنا لانه لا يثبت الملك قبل الاحراز
بدار الاسلام او ملكهم اي ابطال ملكهم يعني عند الشافعي لان الغنيمة تملك عنده قبل الاحراز بالدار

يعادله

يعادله اي يعادل الحق او الملك فيه معادل اي للاراضي ما رويناه اي من فعل عمر بموافقة الصحابة
قوله ولان فيه اي في اقرار اهله عليه نظرا اي للمسلمين لان الكفار يكونون كالاكرة
اي كالمزارعين مع ارتفاع المؤنة عن الامام وعن المسلمين فكان نظرا تاما ونفعا عظيما
قوله العالمة يوجد المزارعة صنعة الاكرة لا صنعة المسلمين وهي من العمل لانه العمل قوله
وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم بالمنقولات بقدر ما يتهيا لهم العمل ليخرج عن حد
الكراهة وذلك لانهم لا يمكنون من الانتفاع بالاراضي الا باسباب المزارعة فلا بد من ان يدع
لهم ما به يتقوون على ذلك فان لم يدع يكره وان جاز قوله وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم اي
قال القدوري في مختصره وخالفه فيه وان شاءوا استرقهم وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين
ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب والحاصل ان الامام في الرقاب ثلاث خيارات القتل والاسترقاق
وجعلهم اهل ذمة على الجزية لكن القتل انما يجوز قبل الاسلام فاذا اسلموا فلا تقتل نبين ذلك بعد هذا
اما جواز القتل فلما روى صاحب السنن ان رسول الله صلعم قال يوم فتح مكة اربعة لا ادمنهم
في حل ولا حرم فسماهم وقينتين كانتا لمقيس فقتلت احدهما وافلتت الاخرى فاسلمت
وحدث البغوي وصاحب السنن باسنادهما الى انس ابن مالك ان رسول الله صلعم دخل
عام الفتح وعلى راسه المغفر فلما نزعه جاء رجل فقال ان ابن خطل متعلق باستار الكعبة
فقال اقتلوه وقد صح ان رسول الله صلعم امر يوم بدر بسبعين رجلا وكان منهم عقبة ابن
ابي معيط امر بقتله فقتله رجل يقال له عاصم بن الافلح الانصاري ولان فيه قطع الفساد
بالكلية واما استرقاقهم فلان فيه دفع الشر عن المسلمين فجاز كالقتل مع ما فيه نفع واقرارا هل
الاسلام وهو استخدامهم والانتفاع بهم بعد اندفاع شرهم بالاسترقاق واما جعلهم اهل
ذمة على الجزية بوضع الجزية والخراج فلما روى عن عمر انه فعل كذلك بارض السواد وهو معنى
قوله لما بينا لكن هذا الحكم في غير المشركين من العرب وفي غير المرتدين لانه لا يجوز استرقاقهم
ولا وضع الجزية عليهم ولا يقبل منهم الا الاسلام او السيف ويجي ذلك في باب الجزية ان شاء الله
الله تعالى وهو معنى قوله على ما نبين قوله ويحرم جواز رد الاسارى الى الكفار كيلا يكونوا عونا
وتقوية للكفار على المسلمين لهم وتقويتهم ومعونتهم لا يجوز لقوله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان
فكذا ما به يحصل تقويتهم كما في رد السلاح اليهم قوله فان اسلموا لا يقتلهم اي ان سلم الاسارى
بعد الاسر لا يقتلهم الامام لان الغرض من القتل دفع شرهم وقد حصل ذلك بالاسلام بدونه

القتل فلا حاجة اليه لكن يجوز بعد الاسلام لان الاسلام لا ينافي الرق والرق جزاء الكفر
الاصلي وكان الامام مخيرا بين الامور الثلاثة فيهم وقد انتفى الاثنان وهما القتل والجزية
لمانع الاسلام فيبقى الامام على خياره في الباقي وهو الاسترقاق بخلاف ما اذا اسلم قبل الاستيلاء
حيث لا يجوز الاسترقاق لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء
والاخذ قو لانه اي في الاسترقاق قو لما بينا اشارة الى قوله تمرد فهو بيانه قو على ما
بين من ذكره الغايد دونه اي بدون القتل وله اي وللامام قو ولا يفادي بالاسارى عند ابي حنيفة
وقالا يفادي بهم اسارى المسلمين وهذه مسئلة مختصر القدوري اي لا يؤخذ فدية
بمقابلة اطلاق الاسارى التي في ايدي المسلمين لان المفاداة فعل بين اثنين يقال فاداه
اذا اطلقه واخذ فديته كذا قال المطرزي وفداء الاسير استنقاذه بعوض قو ان الفداء اخذ الفدية او بدل
في مقابلة اسارى المشركين لا يجوز عند ابي حنيفة وهو المشهور عنه وعند ابي يوسف ومحمد
وهو قول الشافعي يجوز ان يفادي بالاسارى التي في ايدينا اسارى المسلمين الذين في ايدي
الكفار ولا باس به وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة كذا قال في شرح الطحاوي والعمل
على هذه الرواية صاحب الاسرار لقوله تعالى فاما منا بعد واما فداء قال صاحب الكشاف
واما تفدون معناه التخيير بعد الاسر بين ان يمنوا عليهم فيطلقوهم وبين ان يفادوهم حدث
الطحاوي في شرح الاثار عن عمران بن حصين ان رسول الله صلعم فادى برجلين من العدو
رجلين من المسلمين ولانه فيه تخليص المسلم من عذاب الكفار فكان ذلك اولى من قتل الكافر
الاسير في ايدينا او الانتفاع به وله قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم وهذه الاية ناسخة لتلك الاية لان سورة براءة اخر سورة انزلت كذا روى
البخاري في الصحيح من السور فكانت ناسخة لما قبلها فلما كانت اية الاولى منسوخة لا يجوز
ترك حكم الله تعالى في الاسارى من القتل او الاسترقاق اذا الاسلام ولان في رد الاسير عليهم
اعانة على المعصية حيث يعود الاسير حربا علينا فلا يجوز ذلك كرد سلاحهم ودفع شرهم عنه
من استخلاص المسلم لانه لو نعذبوه كان مبتلى في ايديهم مضاف ذلك اليهم فاما اذا دفعنا اسيرهم
اليهم يكون شر حرابه الواقع الينا مضافا الينا بطريق التسبب والجواب عن الحديث الذي احتجا به
فنقول ذلك منسوخ بدليل ما اخبر عمران بن حصين في شرح الاثار ايضا مفسرا ان النبي صلعم فدى
بذلك الماسور بعد ان اقر بالاسلام وقد نسخ ان يرد احد من اهل الاسلام الى الكفار بقوله تعالى

لا ترجعوهن

لا ترجعوهن الى الكفار ثم اعلم ان جواز المفاداة بالاسارى عندهما فيما قبل القسمة واما بعد القسمة
او الاحراز بدار الاسلام فقال ابو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز كذا ذكره القدوري في شرحه وجه
قول محمد ان اعادة المسلم المتقدم احكام الاسلام اولى من امساك هذا المباين لدين الاسلام
ووجه قول ابي يوسف ان القتل سقط عنه بعد القسمة واستحق فيه الرق فصار من اهل
دارنا فلم يجز المفاداة به كما لا يجوز بسائر اهل دارنا من الذمي او المسلم هذا الذي ذكرناه في
مفاداة اسير في ايدينا باسير مسلم في ايديهم اما المفاداة بالمال فلا يجوز في المشهور عن
اصحابنا لا يجوز كيلا يعود حربا علينا لقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما
اخذتم عذاب عظيم فقال رسول الله صلعم لو نزل العذاب ما نجى منه الا عمر كان يشير بالقتل
قال الله تعالى وان يأتوكم اسارى تفادوهم وهو محرم عليكم اخراجهم فدل انه حرام وروي
عن محمد في السير الكبير لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة لان النبي صلعم فادى اسارى بدر
بمال اخذه وهذا استدلال عجيب مع نزول الاية بالانكار على المفاداة في شرح الطحاوي
ويفادي باسير المسلمين الذين في دار الحرب بالكراع والسلاح ونحوه ما ليس فيه قوة للحرب
كالثياب ونحوها ولا يفادون بالسلاح قو لانه لا يفيد اي لا فداء الاسير اسلم في
ايدينا بمسلم اسير في ايديهم لا يفيد لانه لا فائدة في تخليص المسلم بمسلم الا اذا رضي بذلك
نفس الاسير المسلم وكان مامونا على اسلامه لا باس به وينبغي ان يكون هذا على قولهما لانه
في المشهور عن ابي حنيفة لا يفادي الاسير لا بالنفس ولا بالمال قو قال ولا يجوز المن عليهم
بان يتركهم مجانا بدون اجراء الاحكام عليهم من القتل والاسترقاق او تركهم ذمة للمسلمين
وقال في شرح ابي النصر قال الشافعي لا باس بذلك اذا رآه الامام لنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم ولان بالاسير ثبت حق الغانمين فلا يجوز ابطال ذلك بغير عوض
كسائر الاموال المغنومة ولان في ذلك معونة وتقوية للكفار على المسلمين فلا يجوز كرد
السلاح اليهم وما روي ان النبي صلعم من على بعض الاسارى فليس بصحيح ولئن صح
فهو محمول على النسخ بهذه الاية وحديث البخاري في الصحيح ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال في اسارى بدر لو كان مطعم بن عدي حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له
بهذا المقدار لا يثبت المن لان لو لامتناع الشيء لامتناع غيره قو واذا اراد الامام العود
ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها

وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند مالك يعقرها وعند الشافعي يتركها وعند احمد
لا يعقر شاة ولا دابة الا للاكل لانه والشافعي ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن
ذبح الحيوان الا لماكله ووجه قول مالك هذا يجوز ولكن يقول بالعقر لئلا ينتفع الكفار به
ولنا ان اكل حيوانهم يجوز لغرض صحيح فكذا الاتلاف لغرض صحيح والاتلاف لغرض صحيح في الحاق
الغيظ بالكفار وكسر شوكتهم فيذبح ويحرق اما الحرق بعد الذبح قليلا ينتفع به اصلا كيلا
ينتفعون بالميتة فاولى ان ينتفعوا بالمذبوح وقطع شجرهم وافساد زروعهم وتخريب بنيانهم
يجوز فكذا احراق حيوانهم بعد الذبح والجامع قطع المنفعة عنهم ودفع الضرر عن المسلمين
بازالة ما به يحصل قوتهم وشوكتهم وانما لا يحرق قبل الذبح لما روي في السنن عن النبي صلعم
انه قال لا يعذب بالنار الا رب النار وفيما قاله مالك مثله وهو حرام مع تبقية المنفعة
للكفار وكذا فيما قال الشافعي والمواشي جمع ما شية وهو الابل والبقر والغنم وانما كله
بعض الكتاب ومنحها بمعنى **قوله** ويحرق الاسلحة ايضا ذكرها متمما لمسئلة القدوري قال
الحاكم الشهيد في الكافي اما السلاح والمتاع فيحرقها بالنار واذا لم يستطع اخراجهما الى دار الاسلام
وذلك لانه مامور بقطع قوة المشركين والقوة للمسلمين وقد عجز عن اخراجها وقدر على الاخر
فياتي بما قدر عليه لكن هذا اذا كان سلاحا يحترق بالنار واما اذا كان نحو حديد لا يحترق بالنار
بان كان من الحديد فدفن لان قطع قوة المشركين بهذا السلاح انما يكون بالدفن كذا قال في الفتاوى
الولوالجي وفيه الضرر بترك النساء والصبيان في ارض عامرة اي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعود
واحربا علينا لان النساء يقع بهن النسل وان الصبيان فانهم يبلغون فيصيرون حربا علينا
قوله ولا يقسم الغنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وهذا لفظ القدوري في مختصره
قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يقسمون الغنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام ويحرزوها
وان قسمها جاز وقال ابو يوسف اذا لم يجد الامام الا حمولة يحملها عليها فليقسمها في دار
الحرب الى هنا لفظه وقال في كتاب البيهقي وينبغي للامام ان لا يقسم الغنيمة قبل الاخراج الى
وعند الشافعي لا باس وهذا قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن ابي يوسف سالت ابا حنيفة
عن الغنيمة يغنمها المسلمون في دار الحرب من المشركين كيف يقسم وهل تقسم في دار الحرب او يجعل
ما يخرجونها الى دار الاسلام اذا اصاب المسلمون غنيمة فانه لا ينبغي ان يقسم في دار الحرب لان
المسلمين لم يحرزوها واحرازها ان تخرج الى دار الاسلام وقال ابو يوسف ان قسمت في دار الحرب
فجاز

فجايز وان لم يقسموها حتى يخرجوها الى دار الاسلام فهو احب الي وقال علاء الدين العالم
في طريقة الخلاف قال علماؤنا قسمة الغنائم في دار الحرب لا يجوز وقال الشافعي يجوز والاصل
في المسئلة ان الملك للغزاة بعد استقرار الهزيمة قبلها الاحراز بدار الاسلام لا يثبت عندنا
وقال الشافعي يثبت الملك بنفس الاخذ في احد قوليه وفي قوله الاخر بعد الفراغ من القتال
وانهزام العدو وذكر قوليه في التحفة وعلى هذا الاصل ينبني مسائل منها جواز القسمة
بدار الحرب عنده وعدم جوازها عندنا ومنها لو مات واحد من الغزاة قبل الاحراز لا يورث
نصيبه عندنا خلافا له ومنها لو لحقهم المدد بعد الهزيمة قبل الاحراز يشاركهم المدد عندنا
في الغنيمة خلافا له ومنها ما قال في التحفة ان الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة او باع
واحد منهم من الغزاة لا يصح عندنا خلافا له ومنها لو استولد واحد جارية من المغنم فولدت ولدا
فادعاه تثبت نسبه منه وتصير الجارية ام ولد له وعندنا لا يثبت ويجب العقر ولا يجب الحد
لوجود سبب الملك ويقسم الجارية والولد والعقر بين الغانمين ذكره في المختلف ومنها لو اتلف
واحد شيئا من المغنم قبل الاحراز لا يضمن عندنا كذا في التحفة وجه قول الشافعي ره انه سبب ملك
اموال الكفار القهر والاستيلاء وقد تم الاستيلاء بعد استقرار الهزيمة على مال مباح فيثبت الملك
بين الغانمين كما لو احتطبوا حطبا فيجب القسمة ويثبت الارث ولا يتاكد المدد ولانه يلزم
الاستغنام من المسلمين فلا يجوز ولنا روي ان النبي صلعم قسم غنائم خيبر واوطاس وبني
المصطلق في ديارهم ولنا ان الملك انما يثبت لهم بالاستيلاء ولهذا لا يثبت في دور الهزيمة
لا الاستيلاء التام قبل الاحراز لم يوجد لان الغانمين وان كانوا قاهرين بالا مقهورين دارا فلم
السبب فلا يثبت الملك لان الدار في ايديهم معنى حيث ما جرية على اهلها احكام الاسلام
ما فتحت البلدة واجرية فيها احكامها حيث تصير دار الاسلام فتجوز القسمة ثمة لانه تم الاستيلاء
والقهر بلا دار والمراد من الاستيلاء التام القدرة على الانتفاع في الحال والادخار الى
الثاني لدفع الحاجة المهلكة فان قلت لا نسلم ان الملك لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام
ان عبدا منهم لو خرج مراغما لمولاه والتحق بعسكر المسلمين عتق ولو ان المراة خرجت مراغمة
لزوجها والتحقت بعسكرنا تبين من زوجها فلولا ان يد الكفار تزول وتثبت يد الغزاة لما
وقع العتق والبينونة قلت ذلك بثبوت اليد ظاهرا ايضا بخلاف القياس قال عليه الصلاة
في عبيد الطايف هم عتقاء الله فاذا زال ملك الحربي وهو الادنى فلان لا يثبت ملك النكاح وهو

بالطريق الاولى والجواب عن قسمة رسول الله صلعم بل الرحم فنقول قال محمد بن الحسن قسم رسول
الله صلعم غنائم بدر بالمدينة وغنائم خيبر بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت اول حد دار الاسلام
وقسم غنائم خيبر فاوطاس وبني المصطلق بعد الفتح واجرا احكام الاسلام فيها فصارت
دار الاسلام كذا ذكر صاحب الاسرار وغيره فان قلت اذا قسم الامام جاز وهذا دليل الملك
قلت لا نسلم جوازها على الاطلاق وانما تجوز اذا قسم واجتهد ورأى رأي الشافعي اما اذا
قسم جزافا او اجتهد ورأى خلاف ذلك لا يجوز لان قضاء الحكم في مجتهد فيه انما يجوز اذا رأى ذلك
فاذا لم ير ذلك وقضى بخلاف رأيه لا يجوز كذا ذكر العالم في طريقة الخلاف والباقي يعلم بالغة انشاء
الله تعالى قوله وعدة من المسائل ذكرناها في الكفاية والمسائل التي ذكرها الفوائد والكفاية اراد بها
كفاية المنتهي وهي مفقودة في ديارنا وديار العراق والشام ومحمود سالار فقيها بمنبج جاء
الى مصر فقال ما عند اهل اليمن حسن بزاك فما ادري هل هي موجودة بديار الهند والمغرب
ام لا قوله والقسمة بيع معنى لان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك لان احد الشركاء لما اجتمع نصيبه
في البعض كان ذلك تعويضه في الباقي قوله اثبات اليد الحافظة والناقلة والحافظة هي التي
يثبت بها حفظ المعين والناقلة هي التي نقل العين من شخص الى شخص وهي في مسئلتنا منعدمة
لان الكفار قاهرون بالدار معنى لان الدار في يدهم قادرون على الاستنقاذ اى الاستخلاص
ظاهرا بمساعدة اهل الدار قوله ووجوده بالحق معطوف على قوله لقدرتهم اى لوجود الاستنقاذ قوله
ثم قيل موضع الخلاف يعني اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب قال بعض المشايخ المراد
منه الكراهة بل دينه اى بدون الملك قال صاحب الهداية هي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال
على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعندي احب الي ان يقسم في دار الاسلام
وفي ذكر الخلاف هكذا نظر لانه لا خلاف في الظاهر عند اصحابنا وهو المشهور عنهم والخلاف
فيما يروى عن ابي يوسف لا عن محمد وقد مر ذكر ذلك اولا ومعنى الكراهة ان الاولى ان لا يفعل
ولو فعل استحق ضربا من اللوم قوله ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب
الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة يعني ان الدليل لبطلان القسمة راجح على دليل جوازها لعدم
تمام الاستيلاء الا انه لم يثبت نفي الجواز بالاتفاق لان عند الشافعي يجوز مطلقا وعندنا يجوز اذا
احتاج الغزاة الى الثياب والدواب ونحو ذلك ويجوز ايضا اذا قسم الامام عن اجتهاد فثبتت الكراهة لانه
لم يلزم من نفي الجواز نفي الكراهة كما في سؤر الهرة لما انتفى النجاسة لم ينتف الكراهة قوله قال والمدد

والمقاتل

والمقاتل سواء في العسكر اى قال القدوري في مختصره يعني ان المدد وهو العون والمقاتل
وهو المباشر للقتال مع الكفار سواء في استحقاق الغنيمة لاستوائهما في سبب الاستحقاق
وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا او شهود الوقعة عند الشافعي وفي كون السبب
هذا او ذلك بحث وسيجيء بعونه تعالى في فصل كيفية القسمة عند قوله ومن دخل راجلا
في مسا الواقعة صدمة الحرب كذا في مجمل اللغة قوله وان لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان
يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها وهذا لفظ القدوري اى شارك المدد العسكر
في الغنيمة وانما اسند الفعل الى ضمير الجماعة لان المدد يقع على الجماعة قال في شرح ابي نصر
قال الشافعي اذا لحقوا بعد تقضي الحرب وقبل حيازة الغنائم ففيه قولان وهذا بناء على ما بينا
قبل هذا في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب قبل الاحراز بدار الاسلام لان الملك هل يثبت
لهم ام لا فعندنا لا يثبت فلما كان كذلك يشركهم المدد وعنده يثبت فلا يشركهم المدد
لتمام الملك للغانمين قبل لحاق المدد وعندنا لا يتم الاستيلاء فلا يثبت الملك ولا ينقطع
حق المدد عن الغنيمة الا باحد اشياء ثلاثة وهي الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب
قبل لحاق المدد لان بكل واحد منها يستقر ملك الغزاة فلا يشاركهم غيرهم قوله قال ولا حق لاهل
سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا اى قال القدوري في مختصره قال في شرح ابي نصر
قال الشافعي في احد قوليه يسهم وقوله الآخر مثل قولنا له ما روى في شرح الآثار عن عمر انه
قال ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ولنا ان سبب استحقاق الغنيمة لم يوجد فلا يثبت
الاستحقاق فلا يكون لهم حق وهذا لان السبب اما مجاوزة الدرب بنية القتال كما هو مذهبنا
او شهود الوقعة بنية القتال كما هو مذهب الشافعي الا ترى ان الاجير لسياسة
الدواب لا يستحق اذا لم يقاتل بالاتفاق لان نية القتال لم توجد فلما لم يعتبر السبب الظاهر
اقيم مقام الامر الخفي وهو القتال اعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فاذا وجد القتال من
التاجر استحق السهم لوجود السبب والا فلا لعدمه وانما قلنا ان القتال امر خفي لان
الامام لا يمكنه الوقوف على كل احد انه قاتل ام لا قوله وما رواه موقوف على عمر يعني قوله
الغنيمة لمن شهد الوقعة فاذا كان موقوفا عليه يكون ذلك كلام الصحابي وتقليد الصحابي
ليس بحجة عنده فكيف يحتج بما ليس بحجة عنده علينا على ان عند بعض مشايخنا
وهو الشيخ ابو الحسن الكرخي لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس ولئن صح رفعه الى

النبي صلعم او كان تعليره واجبا على قول البرعي من اصحابنا فنقول المراد منه شهودا لوقعة بنية
بدليل ان الكافر اذا شهد الوقعة ولم تقاتل فلاحق له فصار التاجر اذا لم يقاتل كالمجتاز موضع
الحرب وكالنظاره ق ان يشهدها اى يشهد الوقعة م وان لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنايم
قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها وهذا
لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الغنيمة اذا كانت فضل حمولة يحملها الامام عليها وان لم تكن
قسمها لانه اذا لم يقسمها احتاج الى تركها في دار الحرب فيبطل حق الغانمين منها ثم اذا قسمها
قال بعض مشايخنا يكون ذلك قسمة تمليك لان الامام اذا قسم عن اجتهاد يجوز وان كان ذلك قبل هذا
وقال بعضهم يكون قسمة تحمل اعنى قسمها على الغزاة ليحملوها الى دار الاسلام لا يتملكوها
يكون المحمول عنده الحامل وديعة يسترد ها الامام في دار الاسلام فيقسمها بينهم ثم هل يكرههم الامام
ام لا قال في السير الكبير يكرههم على ذلك لكن باجارة وهو اختيار القدوري في مختصره لان
فيه دفع الضرر العام بالخاص ولان منفعته عايدة اليهم فله ان يفعل ذلك لحقهم فصار
كما لو اضطر الى تناول طعام الغير حيث يتناولها بالقيمة وقال في السير الصغير لا يكرههم
عليه لعدم جواز الانتفاع بمال الغير الا بطيبة من نفسه فيكون هذا جبرا على الاجارة ابتداء
فلا يجوز كما اذا نفقت دابة انسان في دار الاسلام كان مع اخر فضل دابة ليس له ان يحملها
باجر المثل بلا رضاه فكذا هنا والحمولة بفتح الحا ما يحمل عليه من بعير او فرس او بغل او حمار ق له
في المختصر اى في مختصر القدوري م لانه ابتدا اجارة احتراز عن اجارة في حالة البقا حيث
يجوز الجبر ثمة باتفاق الروايات كمن استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد
عليها اجارة اخرى بغير رضى مالكها باجرة المثل ذكره في المحيط م ولا يجوز بيع الغنايم قبل
القسمة في دار الحرب هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الملك في الغنيمة للغزاة
لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا فلا يصح البيع فيما ليس بمملوك وهذا هو المراد فعلم
بهذا ان المراد بقوله لا يجوز بيع الغنايم للكراهة لانه ترتب الاحكام والكراهة ايضا
فيما اذا باع لا لحاجة الغزاة واذا باع لدفع حاجتهم فينبغي ان لا يكره لان مال اهل الحرب مباح
وبالضرورة يستباح المحظور فلان يستباح المباح اولى ولا كراهة مع الاباحة ومن مات من
الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه
لورثته وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي اذا مات بعد تقضي الحرب فحقه لورثته

والاصل

والاصل فيه ما استقصيناه في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب وذلك لان الملك اذا لم يثبت
للغزاة قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا لم يثبت الارث لان الارث انتقال ملك المورث
الى الوارث فاذا لم يكن الملك لم يكن الارث وعنده لما كان الملك كان الارث م وقد بيناه
اى في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب قريبا من الورثة م ولا باس بان يعلف العسكر في
دار الحرب ويا كلوا ما وجدوه من الطعام وهذا لفظ القدوري في مختصره اطلق الرواية
ولم يقيدها بالحاجة وهي رواية السير الكبير واختارها الكرخي في مختصره ولهذا قال
ما دامت الغنيمة في دار الحرب لا باس لكل واحد من الجند تناول الماكول والمشروب
والعلف غنيا او فقيرا وتبعه القدوري وقال في السير الصغير واذا كان في الغنيمة
طعام او علف ما احتاج اليه رجل تناول منه قدر حاجته وكذا يتناول من سلاح الغنيمة اذا
احتاج اليه للقتال ثم يردها اذا استغنى عنه ويكره له ذلك من غير حاجة الى هنا لفظ
السير الصغير قال صاحب المحيط هذا جواب القياس وما ذكره في السير الكبير جواب
الاستحسان وجه رواية السير الصغير ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار
مسندا الى عبد الله بن ابي اوفى قال كنا مع رسول الله صلعم بخيبر يأتي احدنا الى الطعام من
الغنيمة فياخذ منه حاجته ولان الغنيمة مشتركة بين الغزاة فلا يحل تناول البعض دون
البعض كما في الدابة والثوب ووجه رواية السير الكبير ما روى البخاري في الصحيح باسناده
الى ابن عمر قال كنا نصيب في مغازينا العنب والعسل فنا كله ولا نرفعه ولان نقل الطعام
والعلف من دار الاسلام الى دار الحرب متعذر فلو امر الغازي بالنقل لوقع في حرج وهو
منتف بالنص ولو شرط الشرا منهم لزم الحرج ايضا لان الكفار لا يبيعون من الغزاة تضييقا
للامر عليهم فلا بد من قوت النفس وعلف الدابة فيحل التناول دفعا للضرورة سوا كان غنيا او
فقيرا فبقي الطعام او العلف بعد الاستغنام على اصل الاباحة فصار كما قبل الاستغنام
يقال علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب اذا اطعمها العلف قال ابن دريد لا يقال اعلفتها
والدابة معلوفة وعليف والعلف كل ما اعتلفته الدابة م قال ارسل اى قال صاحب الهداية
اطلق القدوري حكم المسئلة عن قيد الحاجة م وقد شرطها في رواية اى شرط الحاجة
في رواية السير الصغير م في الاخرى اى في الرواية الاخرى وهي رواية السير الكبير م ولم
يستعار وعلق ظهره اى دابته قال في الفايق الظهر الراحلة وقال في المغرب لفظ الظهر

للدابة والمراد الطعام قو على اصل الاباحة وذلك لان الغنيمة فى الاصل مال الحربى وهو مباح
فى الاصل لعموم الحاجة الغنى والفقير قو والدابة مثل السلاح يعنى يحتبونها حقيقة الحاجة
لا دليل الحاجة وهو كونه فى دار الحرب فاذا استغنى عن ذلك بردها الى المغنم قو والطعام
كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالزيت والسمن يعنى ان المراد من الطعام المذكور ما كان يصلح
للاكل كالخبز واللحم وما يستعمل فى الخبز كالزيت والسمن والمهيا للاكل وغير المهيا سواء
ولهذا كان لهم ان يذبحوا الغنم ويأكلوها ذكره الكرخى لكنهم يردون الجلد الى المغنم قال الولوالجى
فى فتاواه واذا ذبحوا البقر والغنم فاكلوا اللحم وردوا الجلد الى الغنيمة لان الحاجة الى الجلود لم
يقع لازمة وقال فى كفاية البيهقى يجوز للتجار ان يأخذوا من الطعام والعلف ويردون ان
اخذوا ولا ضمان ان استهلكوا لانه ترك على الاباحة فى حق المجاهدين للحاجة واتباعهم كالعبيد
ونسائهم الذين معهم فاما فى حق غيرهم فلا قو قال ويستعملوا الحطب اى قال القدورى فى مختصره
ويستعملوا الحطب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة وفى بعض نسخ القدورى ويستعملوا
الطيب وذلك ليس بصحيح لان القدورى نفسه قال فى شرح مختصر الكرخى بعد جواز الانتفاع
بالطيب اما استعمال الحطب فلتعذر النقل من دار الاسلام كما فى العلف واما الادهان بالدهن
فالمراد منه الدهن الماكول كالزيت لانه لما كان ماكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة كذا ذكره
القدورى فى شرحه قو ويوقحوا به الدابة توقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم الذائب اذا حفى
اى رق من كثرة المشى والاخطأ كذا فى المغرب وفى نسخة الامام حافظ الدين الكبير بخط يده
بالراء من الترفيه وهو المنقول من المصنف قال هكذا قرأنا على المشايخ قال فى الجمهرة رفح فلانا
ترفيحا اذا اصلحه وانشد يترك ما رفح من عيشه يعيث فيه همج هامج والهمج من الناس الذين
لا نظام لهم وبه سمى البق همجا والهامج من كل شىء المتروك يموج بعضه فى بعض ولكنى رايت
فى نسخة عتيقة من نسخ مختصر الكرخى مكتوبة فى تاريخ سنة احدى واربعمائة بالواو كما قال
صاحب المغرب لا بالراء قو ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح لفظ القدورى معطوف على قوله
بان يعلف العسكر قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ومن ركب فرسا او لبس ثوبا او
رفع سلاحا قبل القسمة فلا باس به اذا احتاج اليه فاذا فرغ من الحرب يرده الى الغنيمة ولو تلف
قبل الرد فلا ضمان عليه وان لم يكن له حاجة ولكن ركب ليصون فرسه ولبس ليصون ثيابه كره
له ذلك ولا ضمان عليه اذا تلف الى هنا لفظه قو كل ذلك بلا قسمة هذا ايضا لفظ القدورى

اى كل

١٣٧

اى كل ما قلنا من علف الدابة واكل طعام الغنيمة واستعمال الحطب والادهان
بالدهن والقتال بسلاح الغنيمة قبل قسمتها قو وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح
لانه يستصحبه الى اخره قو ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه هذا لفظ القدورى
فى مختصره يعنى اذا اخذ العسكر العلف لاجل دوابهم واخذوا الطعام لما كلهم والحطب
للاستعمال والدهن للادهان والسلاح للقتال فلا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يجوز
تمولهم وهو صيانة ذلك وادخاره الى وقت الحاجة لان البيع لا يكون الا بعد سابقة الملك
ولا ملك للغزاة قبل الاحراز فلا يبيعون ولا يتمولون لان الاباحة الانتفاع لهم للحاجة وقد
زالت الحاجة فلا تبقى الاباحة لان الاباحة اذا كانت لمعنى زالت بزوال ذلك المعنى وصار
كما اذا اباح طعامه لغيره لا يجوز له ان يبيع ويتمول وهو معنى قوله كالمباح له الطعام و
قوله ولا يتمولونه عطف على قوله لا يجوز لا على قوله ان يبيعوا لان ذلك عكس الغرض اى لا يبيعون
ولا يتمولونه فلو كان عطفا على ان يبيعوا كان معناه اثبات التمول لان نفى النفى اثبات
فافهم وفيه اشارة الى انهم لا يبيعون بالذهب والفضة او العروض لانه فى معنى التمول
ولا حاجة لهم الى ذلك فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عين مشتركة من الغانمين
واما الثياب والمتاع والدواب فقال فى السير الصغير يكره الانتفاع بها قبل القسمة فان
احتاجوا الى ذلك قسمه الامام عليهم فى دار الحرب وان لم يحتاجوا الى ذلك كره هذه القسمة
فى دار الحرب وان احتاج اليها حاجة يخاف على نفسه منها فلا باس ان يلبسها قبل القسمة
الى هنا لفظ السير وهذا لان القسمة فى دار الحرب وان كانت مكروهة واستبيحت
لان الحرام يستباح لدفع الضرورة فلان يستباح المكروه اولى قو وهذا لان حق المدد
محتمل جواب سؤال مقدر بان يقال كيف جازت القسمة وفيها حق قطع الغير وهو المدد لان
المدد اذا لحقهم يشاركهم فقال حق المدد محتمل وحق العسكر يقينى ولا اعتبار للاحتمال مع
وجود اليقين فكان اليقين اولى بالرعاية قو ولم يذكر القسمة فى السلاح اى لم يذكر محمد فى
كتاب السير قسمة السلاح اذا احتاجوا الى ذلك ولا فرق بين السلاح وبين الثياب و
المتاع والدواب فانه اذا احتاج واحد اى فان الشان اذا احتاج واحد من الغزاة يباح
لذلك الواحد الانتفاع فى الفصلين المذكورين واذا احتاج الكل ينقسم فيهما جميعا
قو بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبى حيث لا يقسم لانه من فضول الحوائج لا من اصولها قال

في السنامل في قسم المبسوط لا يقسم السبي وان احتيج اليه قبل الاحراز لانه لا يقع حاجة الاحياء اليه
ولا يبيعهم لانه لا يملكهم قبل الاحراز فان ما طاق المشي بيتهم لان في الاولاد كبار احراز وحق اهل
الصغار اي الذل فانهم لا يطيقونه وليس بعد فضل قوله ثم انهم لتطلب نفسي من بعد فضل قوله
قتل الرجال وترك النساء والصبيان لان النبي صلعم قتل رجال بني قريظة ولم يقتل النساء و
الصبيان ولان الرجال اهل القتال فيقتلهم هذا لفظه وهل يكره من عنده فضل قوله فيه روايتان
موثاة حسن قوله وان لم يكن للامام قوله قوله قال ومن اسلم منهم اي قال القدوري في مختصره
ومن اسلم منهم احرز باسلامه نفسه واولاده الصغار وكل مال هو في يده او وديعة في يد
مسلم او ذمي الى هنا لفظه وهذه المسئلة على ثلاثة فصول احدها ان يسلم في دار الحرب ثم يخرج
الينا والثاني ان يسلم ولا يخرج الينا فبعد ذلك اذا غلب المسلمون على دارهم فكل ما كان في يده من
المنقولات من الثياب والدراهم والدنانير والعبيد والجواري فهو له لانه بالاسلام احرز نفسه وماله
لقوله عليه الصلاة والسلام فاعصموا مني دماءهم واموالهم وقال محمد في السير الكبير حدثنا الثقة قال
ثنا ابن لهيعة قال ثنا ابو الاسود عن عروة ابن الزبير ان رسول الله صلعم قال من اسلم على
شيء فهو له الا اذا كان من العبيد من يقاتل فانه فيء لانه لما قاتل خرج من يد مولاه فصار تابعا
للدار واولاده الصغار لا يكونون فيئا لانهم صاروا مسلمين تبعا لابيهم فصاروا احرارا و
اولاده الكبار فيء لانهم على دين انفسهم فلا يكونون تبعا لابيهم وكذلك زوجته فيء لانها لا
تعتبر مسلمة باسلام الزوج وكذلك الجنين فيء لان الجنين جزء من اجزائها فيتبعها في الرق
وان كان يعتبر مسلما لما ان الولد يتبع خير الابوين دينا واموال التي اودعها مسلما او ذميا
هي له فلا تكون فيئا لانها محرزة بيد نائبه وهي يد صحيحة محترمة فقامت مقام يده فكذلك
الاموال في يده لا تكون فيئا فكذا هنا ولو كانت امواله بالغصب عند مسلم او ذمي او عند
حربي بالغصب او بالوديعة تكون فيئا لان يد الغاصب ليست بصحيحة ويد الحربي ليست
بمحترمة لقوله عليه الصلاة والسلام عصموا مني دماءهم واموالهم واليه ذهب الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير لان الحربي ملك المال بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة فلم يبق
المال معصوما فصار فيئا واما العقار فانه يصير فيئا عندنا كذا ذكر وفي شروح الجامع
الصغير ولم يذكر فيه خلافا بين اصحابنا وليس في الاصل ايضا ذكر الخلاف الا ان الفقيه ابا
الليث قال في شرحه للجامع الصغير قال ابو يوسف في الامالي لا يصير فيئا وهو قول الشافعي

بظاهر

بظاهر الخبر وذكر القدوري في شرحه والشيخ ابو النصر والبيهقي في كفايته ان العقار في قول ابي حنيفة
لان اليد على العقار لا يثبت عنده ثبوتا صحيحا فاذا كان كذلك كان العقار تابعا لدار الحرب محوطا
بيد سلطانهم والتبع لا يفارق الاصل وعندهما لا يصير فيئا لان اليد تثبت على العقار ثبوتا
صحيحا فكان كسائر الاموال وقال في شرح الطحاوي وما كان غير منقول في مثل الارض والعقار والزرع
اذا كان غير محصود عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد المنقول وغير المنقول سواء والفصل
الثالث ان يسلم الحربي بعد ما دخل دار الاسلام ثم ظهر على دارهم فالجواب فيه ان كل ذلك فيء لان
تباين الدارين قاطع للعصمة فاذا ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم كان فيئا الا ترى
الى قوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم سماهم فقراء مع انهم خلفوا اموالا
في دار الحرب فدل على زوال ملكهم لان الفقير عديم الملك لا من هو بعيد عن الملك ولهذا كان
ابن السبيل في كتاب الله تعالى غير الفقير وذكر الفقيه ابو الليث فيه خلاف الشافعي لظاهر
الخبر فان قلت ينبغي ان يكون فيئا ما كان وديعة له عند مسلم او ذمي لان يد المودع كيد المودع
فكان في يده تقديرا وان لم يكن حقيقة قلت سلمنا ان يده كيده لكن بعد خروجه الينا وتباين
الدارين كان حربا ومال الحربي غير معصوم ثم لما اسلم عندنا لم يثبت الاحراز لتباين الدارين
ولم يثبت يده على المال لا حقيقة ولا تقديرا وبدون الاحراز لا يثبت العصمة لان المال
المعصوم هو الذي احرزه المسلم او الذمي ولم يوجد قوله ومعناه في دار الحرب يعني هو لي قوم من
اسلم منهم اي اسلم في دار الحرب لانه اذا اسلم في دار الحرب يكون كل ماله في دار الحرب فيئا وقد مر
الغاية قوله لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق احترز به عن الاسترقاق سابقا لان
الاسلام لا ينافيه لان الرق جزاء الكفر الاصلي فانهم لما استنكفوا ان يكونوا عبيد الله جازاهم
الله بان يكونوا عبيد عبيده بخلاف الرق في حالة البقاء فانه صار من الامور الحكمية قوله
واولاده الصغار بالنصب عطف على قوله نفسه وكذا قوله وكل مال بالنصب ايضا عطفا
على قوله نفسه والضمير في قوله سبقت يده الى من اسلم وفي اليها الى المال قوله في يد صحيحة
احتراز عن يد الغاصب محترمة احتراز عن يد الحربي قوله فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء
يقال ظهرت عليه اذا غلبت عليه قال في المجمل العقار ضيعة الرجل قوله وقيل هذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف الاخرى قول القدوري فعقاره فيء قولهما وانما قال وقيل لان في الظاهر
من اصحابنا لا خلاف وقد مر بيانه قوله والمسلم على للتمليك جواب لقول الشافعي ان الحربي مسلم

تبعا لابيه فلما يسترق بجعله فيئا فقال المسلم محل التملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم
امة الغير يكون الولد مسلما رقيقا بخلاف ما اذا كان الولد منفصلا عن الام حين اسلم
ابوه الحربي حيث لم يجعل تبعا للام لانعدام الجزئية قوله ومن قاتل من عبيده في هذه اللفظ الجامع
الصغير وفي بيانه قال فخر الاسلام البزدوي يحتمل ان يكون هذا بالاتفاق معناه من كان يقاتل
ويحتمل ان يكون مثل ساير المنقولات ثم قال والاول اصح قال في الاصل ومن قاتل من كبار
عبيده فهو فيء وقيد بالكبار ولم يقيد به في الجامع الصغير وكانه اراد بالكبار من لهم قدرة
القتال فلا فرق اذن بين الروايتين لان من قاتل قادر على القتال صغيرا كان او كبيرا قوله
ومن كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا وفي بعض نسخ
الهداية وقالا لا يكون فيئا وليس ذلك بصحيح بدليل قول صاحب الهداية كذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير حيث لم يذكر فيه قول ابي يوسف واما ذكر قول ابي يوسف في شروح الجامع
الصغير لكن مع محمد فعلم من هذا ان ما ثبت في بعض نسخ الهداية بقوله وذكره في شروح الجامع
الصغير قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة ليس بصحيح ايضا لان قول ابي يوسف مع محمد في
شروح الجامع الصغير لا مع ابي حنيفة فاذا فليتدبر قوله لانه مال مباح فيملك
بالاستيلاء يعني ان المال الذي غصبه المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه
ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في
يد نايبه لانه في يد الغاصب فلما لم يكن معصوما كان مباحا والمباح يملك بالاستيلاء
فكان فيئا للغزاة قوله والنفس لم تزل معصومة بالاسلام جواب عن قولهما ان المال تابع
للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها اي في العصمة فقال لا نسلم
ان النفس معصومة بالاسلام الا ترى انا اتفقنا ان العصمة المقومة لا تثبت
الا بدار الاسلام ولهذا اذا قتله مسلم عمدا او خطأ لا يجب القصاص ولا الدية
عندنا خلافا للشافعي ولئن سلمنا انها معصومة بالعصمة المؤثمة فنقول لا يلزم
من عصمة النفس عصمة المال لان المال خلق في الاصل مباح التعرض والنفس خلقت
محرم التعرض فافترقا وهذا لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا واللام للتمليك
فلا يجوز ان يكون قابلا للاستيلاء مملوكا كما كان مالكا محرم التعرض لكن اباحة
التعرض بالقتل لدفع شره ما انتهى الشر بالاسلام قوله لانه خلق عرضة للامتهان

قال

قال في الجمهرة جعلت فلانا عرضة لكذا وكذا اي نصبته فيه له والامتهان الابتذال قوله
واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها وهذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لان اباحة التناول من العلف والطعام والحطب للحاجة
فلما زال المعنى بعد الاخراج الى دار الاسلام ارتفعت الاباحة ولان حق المسلمين
قد تأكد وتقرر بدليل ان من مات في هذه الحالة يورث نصيبه فلما تأكد حق الغزاة
لم يجز التناول للبعض دون البعض وقوله ولا يأكلوا اي ولا ان يأكلوا يعني ولا يجوز ان
يأكلوا وجاز ان يكون بمعنى النهي ايضا قوله ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة
وهذا ايضا لفظ القدوري قال صاحب الهداية معناه اذا لم تقسم اي يعني قوله رده الى
الغنيمة فيما اذا لم تقسم الغنيمة لانها اذا قسمت لا يتاتى الرد وسيجيء بيانه الساعة انشاء
الله تعالى قال في وجيزهم ولو فضل منه شيء بعد الدخول الى دار الاسلام بمال قيمته رد
على المغنم وان كان قليلا فوجهان هذا لفظه اعلم ان الغزاة نصرهم الله اذا خرجوا الى دار
الاسلام وكل من في يده شيء من العلف او الطعام رده الى الغنيمة ان لم تقسم سواء كان غنيا
او فقيرا لما قلنا قبيل هذا وان قسمت فالغني يتصدق بعينه او بقيمته ان كان انتفع
به لانه تعذر الرد على جماعة الغانمين فصار كاللقطة اذا لم يعرف صاحبها والفقير ينتفع
به ان كان قايما وان كان انتفع به فلا شيء عليه لان الغنيمة تاخذ حكم الاصل فللفقير ان
ينتفع بالاصل فكذا بالقيمة قوله لا يعود اعتبارا بالمتلصص كما اذا دخل الواحد او الاثنان دار
الحرب بلا اذن الامام بنية الغارة فما لو اخذ شيئا فلا يكون ذلك مشتركا بين الغانمين لانه مباح
سبقت يده اليه ولا يخمس لانه ليس بغنيمة لفقدان الاخذ على سبيل القهر والغلبة فكذا هنا
وجوابه ظاهر لان المتلصص احق بما اخذ قبل الاحراز وبعده من ساير الغانمين وفي
ليس الذي عنده فضل العلف والطعام بعد الاحراز بدار الاسلام باحق من ساير الغانمين
قوله ان كانوا محاويج قال في المغرب المحاويج المحتاجون يقال حاج يحوج حوجا بمعنى احتاج
والحاجة والحوجاء الحاجة بمعنى واحد وعلى هذه اللغة قيل حوايج في جمع حاجة كذا نقل
ابن دريد عن الاصمعي والحاج جمع حاجة ولم يذكر المحاويج ابن دريد وكانها جمع محوج اسم
فاعل باشباع الالف لان احوج بمعنى لازم ومتعد يقال احوج الرجل اذا احتاج واحوجه
اليه غيره قوله تصدقوا به اي بما فضل من العلف والطعام يعني بعينه ان كان قايما قوله

لتعين زاد رده على الغانمين لانهم يقومون اشتغلوا بغير و القيام الغنيمة مقام الاصل واخذ حكمه
اى ولا حق حكم الاصل دفع توبيانه انها **فصل** في كيفية القسمة لما فرغ عن احكام الغنيمة
شرع في بيان كيفية قسمتها قال في الايضاح القسمة عبارة عن جمع النصيب الشايع
في مكان معين وقال بعض اهل الحساب تفريق اعداد العدد بين يقدر ما في العدد الاخر
من الاحاد يعني تفريق مال المقسوم على عدد احاد المقسوم عليه وهذا لا يتاتى الا
في الصحاح والصحيح ان يقال معرفة نصيب الواحد وقد عرفت في موضعه و قال ويقسم
الامام الغنيمة فيخرج خمسها اى قال القدوري في مختصره وعامة فيه ويقسم اربعة
الاخماس بين الغانمين والاصل فيه قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه
بيانه ان الله تعالى اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة بقوله غنمتم ثم اخرج منها الخمس
بقوله فان لله خمسه فيكون اربعة اخماس بعد اخراج الخمس لهم ولان النبي صلعم قسم اربعة الاخماس
بين الغانمين وهذا اربعة الاخماس للغانمين اجماعا فيقسم بينهم و استثنى بمعنى
اخرج الخمس من الغنيمة استثناء لوجود معنى الاستثناء وهو الاخراج و ثم للفارس سهمان و
للراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلاثة اسهم وهذا لفظ القدوري الا انه لم يذكر
في مختصره قبل قوله للفارس وقول الشافعي كقولهما كذا في وجيزهم لهما ما روي في السنن وغيره
مسندا الى ابن عمر ان رسول الله صلعم اسهم لرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهما له وسهمين لفرسه و
لانه روي صلعم قسم غنائم خيبر على ثمانية عشر سهما وكان الرجال الفا واربعمائة والخيل
مائتين فيكون لكل مائة من الرجال منهم ولكل مائة من الخيل سهمان ولان زيادة استحقاق الفارس
لزيادة غنائه على غناء الراجل والراجل غنا ثبات الدفع وهذا يوجد في الفارس الغزو في
الفارس لو كان الكر والفر فيكون غناؤه ثلاثة امثال الراجل فيستحق السهم على حسب ذلك
ولابي حنيفة في السنن ابي داود مسندا الى مجمع بن جارية الانصاري ان رسول الله صلعم قسم
غنائم خيبر على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسمائة منهم ثلاثمائة فارس فاعطى
الفارس سهمين واعطى الراجل سهما وروى محمد بن الحسن في المبسوط عن ابن عباس ان
رسول الله صلعم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما يوم بدر وقال معتمر بن سليمان في
كتابه لم يكن في اصحاب بدر فارس غير هذين الاثنين مصعب بن عمير والمقداد بن الاسود
ولان الفرس تابع للرجل فيجب ان يزاد سهمه على سهم الراجل ولان المعتبر نفس الغنا لا زيادة

الغنا

الغنا الا ترى ان الساكت السلاح والاعرى سواء في الاستحقاق ولان القرابين يستحسن في
نفسه بل مستحسن منها لما كان لاجل الكر فكانا نوعا واحدا فكان غنا الفارس مثل غنا الراجل
ولان زيادة الغنا امر خفي فيعتبر السبب الظاهر وهذا لان الزيادة انما تظهر عند المعونة
وفي تلك الحالة كل واحد مشغول بنفسه فلا تظهر الزيادة وسبب الغنا في الفارس نفسه
وفرسه فيعطى سهمين وفي الراجل نفسه فيعطى سهما والجواب عن سهام خيبر نقول
اراد من الرجال الرجالة كما في قوله تعالى يأتوك رجالا ومن الخيل الفرسان ومنه ما روي في
الحديث يا خيل الله اركبي و ثم بالغنا اى بالكفاية وهو بالفتح والمد و ثم للكر والفر والكر
الرجوع بعد الفرار والفر الفرار قال امرؤ القيس مكر مفر مقبل مدبر معا كجلمود صخر حطه
السيل من عل و ثم تعارضت روايتاه اى رواية ابن عمر قال الكرخي في مختصره ثنا الجوري
قال ثنا حسن الزعفراني قال ثنا ابو معاوية قال ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر
ان رسول الله صلعم اسهم للرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهما له وسهمين لفرسه وثنا
الهروي قال ثنا محمد قال ثنا المعلى عن يحيى بن الحسن عن عبيد الله بن عمر عن نافع
عن ابن عمر ان النبي صلعم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما قال محمد بن شجاع فهذا
خلاف ذلك لانه اذا قسم للفارس جعل سهما له وسهما لفرسه و ثم ترجح رواية غيره
سالمة رواية ابن عباس عن المعارض فيعمل بها و ثم ولان الكر والفر جنس منه واحد
بيانه انها و ثم فكان استحقاقه على ضعفه اى استحقاق الفارس على ضعف استحقاق
الراجل و ثم لا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين ولم يذكر القدوري
في مختصره خلاف ابي يوسف وهذا قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة
وزفر ومحمد والحسن ثم قال وقال ابو يوسف يسهم لفرسين ولم يذكر القدوري في مختصره خلاف
ابي يوسف وهذا في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره قول ابي يوسف وزفر ومحمد والحسن
ثم قال وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي
وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه يسهم لفرسين ولا يسهم لاكثر منهما وقال في
الطحاوي ولا يسهم الا لفرس واحد في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال يسهم لفرسين
فيعطى خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه وقال الشافعي لو حضر بفرسين
لم يعط الا لاحدهما كذا في وجيزهم وجه ما روي عن ابي يوسف ان النبي صلعم اسهم لزبير

بن النعمان يوم خيبر خمسة اسهم وكان قاد فرسين وكذا الغازي قد يحتاج الى فرس يسبق
بان يركب هذا اذا اعيى الآخر او رام ما فات فيعتبر الفرسان جميعا ولان اصحاب السبب
الارهاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله فيحصل بزيادة الفرس
زيادة الارهاب بتكثير سواد الجيش مع زيادة الغناء وجه الظاهر ما روي عن النبي
صلعم انه قال للفارس سهمان وللرجال سهم بيانه انه عليه الصلوة والسلام جعل
للفارس سهمين مطلقا مع ان الجيش لا يخلو ممن قاد اكثر من فرس فعلم انه لا يعطي
لاكثر من فرس وهذا لا يسهم لثلاثة اجماعا ولان ما زاد على الواحد فضله في الباب كما افراس
الثاني كالثالث فلا يسهم للثاني ولان بعد الاول يعتبر حاله وحاجته ولان الارهاب لا
يكون الا من جانبه لتفاوتهم القتال لا يكون الا على فرس واحد لا على فرسين فاذا كان كذلك
لا يتحقق زيادة الارهاب بزيادة الفرس فلا يسهم الا لفرس وزيادة الغناء لا يلتفت اليها
بفرسين لما مر انها امر خفي كما لا يلتفت اليها بثلاثة افراس او بزيادة سلاح وما روي
بخلاف هذا محمول على التنفيل تحريضا على القتال الا ترى الى ما روي ان رسول الله صلعم اسهم
لسلمة بن الاكوع سهمين في غزوة ذي قرد قال مسلم في حديث طويل في صحيحه قال رسول
الله صلعم خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالتنا سلمة قال سلمة ثم اعطاني
رسول الله صلعم سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما لي جميعا وكان راجلا وكان
ذلك بسبيل التنفيل لا لنصب الشرع فقد قيل ان سلمة كان يعد رامي الفرس وقال
صلعم خير رجالتنا سلمة قال القبتي كان سلمة من الرماة المذكورين اما الجواب عن حديث
خيبر فنقول اعطاه رسول الله صلعم سهمين له بفرسه وسهما اخر بقرابته وسهما
اخر بالتنفيل وسهما اخر لامه وام زبير صفية بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلعم
و ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر اي لان الفرس الواحد قد يعجز فيحتاج الغازي الى
الفرس الآخر و فلم يسهم له رسول الله صلعم الا لفرس اي لم يعطي له سهما قال ابن شاهين
البراء بن اوس بن خالد بن الجعد ابن عوف بن مبذول شهد احدا وهو زوج المراة التي
ارضعت ابراهيم ابن رسول الله صلعم واسمها خولة بنت المنذر بن لبيد بن خداش
بن عامر بن غنم بن عدي بن النجار وفي صحة حديث البراء نظر و فلا يكون السبب
مفضيا الى القتال عليهما بعين كما كان لا يتحقق القتال على الفرسين دفعة لا يكون السبب الظاهر

وهو

وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى القتال على الفرسين من بيان ذلك و وما رواه اي
رواه ابو يوسف وهذا اشارة الى قوله لما روي عن النبي صلعم اسهم لفرسين و و
البراذين والعتاق سواء وهذا لفظ القدوري في مختصره وخالفه فيه ولا يسهم
لراحلة وكذا بغل ولم يذكره صاحب الهداية قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ويستوي الفرس العربي والنجيب والبرذون والهجين وغيرها مما يقع عليه اسم الخيل
فاما من كان له جمل او بغل او حمار هو والراجل سواء هذا لفظه وقال في شرح الاقطع
ومن الناس من قال لا يسهم للبراذين والاصل فيه قوله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم من
قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وهذا لان اسم الخيل يقع على كل انواع الخيل
من العربي والتركي وغير ذلك فكان الجميع سواء ولان العربي اصلح للطلب والهرب
والبرذون اصلح على حمل السلاح و واصبر واكثر انعطافا وانقيادا في القتال وانما لا
يسهم لراحلة ولا لبغل لعدم ورود النص بذلك لانه كان يكون في غزوات النبي صلعم
مع اصحابه الجمال والحمير والبغال ولا يسهم لشيء منها ولو اسهم لظهر نقله لانها بذلك
كانت اكثر من الافراس والبراذين جمع البرذون وهو الكودن وجمعه كواذن
وهي خيل العجم وخلاف العراب قال في المجمل برذن الرجل برذنة اذا ثقل واشتقاق
البرذون منه يقال فرس عتيق اي كريم وجمعه عتاق قال في الجمهرة غلظ الخلق
في الخيل كغلظ البراذين الذكر والانثى فيه سواء وقال فيها ايضا فرس مقرف خلاف
العتيق وقال فيها ايضا الهجين من الناس الذي امه امة وقيل الهجين ما يكون
من الكواذن وهذا ليس بصحيح الا ترى الى ما قال صاحب الفائق الاقراف ان تكون الام عربية و
الفحل هجينا وانشد فان نتجت مهرا كريما فبالحرى وان يك اقراف فمن قبل الفحل و والعين
عطفا يروى بفتح العين وكسرها يقال عطفت الشيء اعطفه عطفا اذا ثنيته ورددته
عن جهته والعطف الناحية من الانسان والدواب وتعوج الفرس في عطفيه اذا انثنى
يمنة ويسرة كذا في الجمهرة و فاستويا اي البرذون والعتيق ومن دخل دار الحرب فارسا
فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وهذا
لفظ القدوري في مختصره اعلم انك لما عرفت كمية سهم الفارس والراجل فاعرف الان ان
كونه فارسا او راجلا متى يعتبر فعندنا يعتبر عند مجاوزة الدرب بنية القتال حتى

لو نفق فرسه بعد المجاوزة اى هلك فقاتل راجلا فله سهم فارس الا اذا باع فرسه او وهبه
ورهنه او اجاره او اعاره سقط سهم فرسه فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابى حنيفة ان له
سهم فارس ولو اشترك كان فرسا آخر فله سهم الفرسان ولو جاوزه راجلا ثم اشترى فرسا
او وهبت له او ورث او استعار او استاجر فقاتل فارسا فله سهم راجل وفى رواية الحسن فله
سهم فارس كذا فى التحفة وغيرها قال الحاكم الشهيد فى الكافى وسوى قال صاحب الفوش الغنى دخل
بدار الحرب فارسا او راجلا فى سفينة او غيرها فله سهم فارس وعند الشافعى يعتبر كونه
فارسا او راجلا عند شهود الوقعة وفى رواية عنه عند تقضى الحرب وهو تمام القتال له ان
سبب استحقاق الغنيمة هو القتال والاستيلاء وشهود الوقعة سبب قريب الى القتال
فيعتبر حال شهود الوقعة لكونه اقرب فلم تعتبر المجاوزة لكونها سببا بعيدا الى القتال كا
لخروج من البيت ولهذا اذا باع فرسه بعد المجاوزة قبل شهود الوقعة لا يستحق سهم الفارس
بالاجماع ولو باع بعد شهود الوقعة فله سهم فارس فعلم ان المعتبر فى الباب هو شهود
الوقعة لا المجاوزة ولنا ان سبب الاستحقاق هو الاستيلا بازالة المنعة وانما يتحقق ذلك
بالقهر والقتال وكان السبب هو القتال فى الحقيقة الا ان الوقوف على حقيقة القتال متعذر
او متعسر لان الامام لا يمكنه ان يراقب بنفسه حال كل احد انه قاتل ام لم يقاتل وكذا اثباته
بان بكل احد لا يتفق بقول لم يخبره من قاتل ومن لم يقاتل لانه فى اقامة العدل على كل احد حرجا عظيما
ولا يعتبر اخبار كل واحد من الجند ايضا ان صاحبه قاتل لانه متهم فيه لجر النفع فلما توقف
على حقيقة القتال للتعذر او للتعسر اقيم السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب على هيئة القتال
مقام القتال كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مقام الحدث والنكاح مقام الوطى فى حرمة المصاهرة
وكان المعتبر حال المجاوزة لا حال القتال فكما لم يعتبر حال القتال لم يعتبر حال شهود الوقعة
ايضا لانه تعذر الوقوف على القتال او تعسر لما قلنا تعذر او تعسر شهود الوقعة لانه حال التقاء
الصفين والاشتغال بالحرب فلم يلتفت الى كونه سببا قريبا لهذا المعنى بخلاف حال المجاوزة
الدرب حيث ترتب الحكم عليها لانها حال عرض الجيش وكتبة اساميهم فى الدواوين فيبنى الحكم عليها
لتيسر الوقوف ولان مجاوزة الدرب بنية القتال يحصل بها ارهاب الكفار وغيظهم
كالقتال لانهم يستخبرون حال المجاوزين من فرسانهم ورجالتهم ولا اصل فى الباب ارهاب
الكفار وغيظهم وقهرهم قال الله تعالى ولا يطئون موطئا يغيظ الكفار وقد حصل ذلك

بمجاوزة

بمجاوزة الدرب لا بنفس القتال ولهذا يشارك الردء المباشر فى الغنيمة لحصول الارهاب
بالكل فبعد ذلك حالة الدوام فلا يشترط كونه فارسا فيها لانه قد يحتاج الى الترجل
فى بعض المضايق كالشجرة وباب الحصن والحرب فى السفينة بخلاف ما اذا باع الفرس بعد
المجاوزة لانه ظهر ان غرضه كان التجارة بالحرب الا انه كان ينتظر غلاء السعر فلما باع
وليس كذلك البيع يوم القتال لانه زمان خطر الروح والربح وفى المال فلم يدل البيع
على قصد التجارة وقت المجاوزة بل يدل على تحقيق القتال حال راى البيع اصلح للقتال
كى يحصل له التهيئ فى بعض المضايق بفراغ البال فان قلت يرد عليك ههنا سؤالان احدهما
ان استحقاق الشئ بلا وجوده محال والمستحق وهو الغنيمة حال المجاوزة معدوم فكيف يثبت
الاستحقاق والثانى ان السبب انما يقام مقام العلة اذا تعذرت العلة واذا لم يتصور
فلا وههنا لا يتصور العلة وهو القتال حال المجاوزة لان القتال بدون شهود الوقعة محال
قلت ليس المراد من الاستحقاق ثبوت الملك فى الغنيمة او ثبوت الحق فيها للغزاة فى الحال بل
المراد به كون الشخص اخص بالغنيمة من غيره اذا وجدت على ان هذا السؤال يرد على الخصم ايضا
لان الغنيمة معدومة عند شهود الوقعة ايضا فعلى هذا التفسير لا حاجة للاستحقاق الى اشتراط
وجود الغنيمة فى الحال والجواب عن الثانى ان القتال بشهود الوقعة والتقاء الصفين بعد
المجاوزة متصور الا انه ليس بثابت وشرط اقامة الشئ مقام غيره ان لا يكون ذلك الغير
ثابتا فى الحال لانه اذا كان ثابتا كيف يقام شئ آخر مقامه فان قلت ما ذكرتم تعليل فى معارضة
اثر الصحابى وهو قول عمر الغنيمة لمن شهد الوقعة قلت هذا لا يرد علينا لان الشافعى رح
لا يرى تقليد الصحابى حجة فكيف يحتج به علينا وعلى مذهب الكرخى من اصحابنا كذلك فيما يدرك
بالقياس وقد مر ذلك من قبل ولا حق لاهل سوق العسكر فى الغنيمة او نقول فيه بيان
ان الغنيمة لمن شهد الوقعة وليس فيه بيان سبب الاستحقاق فلا يلزم المعارضة و
الباقى يعرف فى طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى م وهكذا روى ابن المبارك عن ابى حنيفة
فى الفصل الثانى يعنى اذا دخل دار الحرب راجلا فاشترى فرسا فقاتل فارسا استحق سهم
الفرسان عند ابى حنيفة ايضا على رواية ابن المبارك عنه وليس ذلك بظاهر الرواية
عنه م حالة المجاوزة اى مجاوزة الدرب الا انه اطلق لشهرة المسئلة عند الفقهاء
وانما ظرفى قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم

درب من دروبها كذا في المغرب وقال في الجمهرة الدرب الباب عربي معروف وقال في ديوان الادب الدرب المضيق من مضايق الروم وكذا ما اشبهه والمراد فيما نحن فيه هو البرزخ الذي بين دار الاسلام ودار الحرب فاذا جاوزه الغازي دخل دار الحرب واذا جاوزه الكافر دخل دار الاسلام قوله فيعتبر حال الشخص عنده اي حال الغازي عند القتال قوله والمجاوزة وسيلة الى السبب فالخروج من البيت يعني ان عند الخروج من البيت لا يعتبر حال الغازي من كونه فارسا او راجلا فكذا لا يعتبر عند المجاوزة والجامع كون كل منهما وسيلة الى السبب وهو القتال قوله وتعلق الاحكام بالقتال بل الى امكان الوقوف عليه هذا جواب بطريق المنع لما يقال من جهة اصحابنا ان القتال امر خفي لا يوقف عليه فيقام السبب الظاهر وهو المجاوزة مقامه فقال لا نسلم انه لا يوقف عليه الا ترى ان الاحكام تعلقت به فلو لم يوقف لم يتعلق به ولهذا يرضخ للصبي او العبد او الذمي او المراة اذا قاتل والا فلا قوله ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب هذا جواب بطريق التسليم بان يقال الشافعي سلمنا ان الوقوف على القتال متعذر او متعسر لكن اقيم شهود الوقعة مقامه لانه اقرب الى القتال من المجاوزة فتعلق كونه فارسا او راجلا بشهود الوقعة وجوابه فيما حققنا انفا والوقعة صدمة الحرب قوله ولا معتبر بها اي بحالة الدوام يعني بالاجماع الا ترى ان الشافعي يعتبر شهود الوقعة فحسب لا القتال قوله وكذا على شهود الوقعة اي الوقوف متعسر ايضا وقد مر بيانه قوله وكذا على شهود الوقعة ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق اي بالاتفاق بيننا وبين الشافعي هذه المسئلة مع مسائلها الى قوله ولا يسهم لمملوك تفريع لمسئلة القدوري قوله ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهبه او اجره او رهنه ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة فان قلت كيف يعتبر الحسن المجاوزة وقد روينا عنه عن ابي حنيفة ان الغازي اذا دخل الدرب راجلا ثم اشترى فرسا فقاتل فارسا ليس هذا انما فرض منه قلت لا لانه يعتبر حال المجاوزة بناء على الظاهر ويعتبر حال شهود الوقعة لاجل حقيقة القتال وبه صرح في التحفة قوله وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة اي فيما اذا وجد بيع الفرس ونحوه بعد المجاوزة وهي رواية السير الكبير قوله ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان اي بعد الفراغ من القتال

وهذا

وهذا بالاتفاق قوله وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض اي لا يسقط ايضا سهم الفرسان عند بعض المشايخ لان بيعه عند زمان مخاطرة الروح دل على انه ما باعه لقرار رامة في الحرب لاتصال المال لان الروح فوق المال وهذا هو الصحيح عندي وقال صاحب الهداية والاصح انه يسقط وعلل امره على انه اراد التجارة وانتظر الغزوة وفيه نظر لان الانسان العاقل في مثل تلك الحالة لا يختار المال على روحه قوله معونة اي مؤنة الفرس قوله ولا يسهم لمملوك ولا امراة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم الامام على حسب ما يرى وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان المملوك او الصبي او الذمي انما يرضخ لهم اذا وجد منهم القتال والا فلا لكن يرضخ لهم ولا يسهم لهم اعطاء لمرتبة التبع عن المتبوع وهذا لان العبد تبع للحر والصبي تابع للبالغ والذمي تبع للمسلم ولهذا لا يمكن اهل الذمة من نصب الراية لانفسهم بخلاف المراة اذا جاءت تقوم بمصالح الغزاة رفقا او كالجرحى فانها يرضخ لها وان لم يوجد منها حقيقة القتال لانها عاجزة عنها لضعف بنيتها فاقيم مساعدتها للغزاة مقام القتال لكن رضخ لها ولم يسهم اعطاء لمرتبتها لانها تبع للرجل وعلى هذا القياس كان ينبغي ان لا يسهم للفرس لانه تبع للرجال الا انا تركنا القياس بالنص بخلاف ما اذا كانت المراة في خدمة زوجها او العبد في خدمة مولاه ولا يقاتل حيث لا يرضخ لهما وقد روي عن ابي هريرة عن النبي صلعم انه كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان ويرضخ ولا يعتبر في ظاهر ان العبد اذا قاتل باذن المولى يسهم له لان الرواية محفوظة عن اصحابنا ان العبد يرضخ له وان كان ما ذكرنا الا ترى الى ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي بقوله وان كان فيهم نساء يداوين الجرحى ويقمن بمصالح المرضى والمقاتل والغزاة او فيهم عبيد يقاتلون مع الغزاة باذن مولاهم او فيهم اهل الذمة حضروا باذن الامام فقاتلوا مع المسلمين فان الامام يرضخ ولا يبلغ لرجالتهم سهم الرجالة ولا لفرسانهم سهم الفرسان وكذلك حكم الغلام المراهق الذي لم يبلغ والمعتوه اذا قاتلا يرضخ لهما الى هنا لفظه فان قلت السوقي من اهل سوق العسكر والاجير لخدمة الغازي لا يسهم لهما اذا لم يقاتلا كالعبد ثم اذا قاتلا يسهم لهما كما يسهم كسائر الغزاة والعبد اذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ فما الفرق ان العبد تبع فانحط رتبته بخلافهما حين القتال لانه لا تبعية

بل هما كسائر الغزاة ولهذا يستحقان اجرة زمان القتال مع العبد وعن المستاجر قوله ويرضخ
لهم قال في الجمهرة رضخ فلان لفلان من ماله اذا اعطاه قليلا من كثير والاسم الرضيخة
قوله وهذا لا يلحقهما فرضا اي ولاجل ان المراة والصبي عاجزان عن الجهاد لم يلحق
المراة والصبي فرض الجهاد قوله او لم يمنعه اي وللمولى منع العبد عن الجهاد لانه فرض
كفاية الا اذا هجم العدو فلم يكن له منعه لانه صار فرض عين قوله لقيام الرق وتوهم عجزه
يعني ان الرق قائم في المكاتب مع توهم عجزه عن اداء بدل الكتابة فكان للمولى منعه عن
الجهاد فصار كالعبد القن قوله بخلاف ما يرتبط بقوله لانها عاجزة عن اخره يعني ان المراة
لما كانت عاجزة عن حقيقة القتال فرضخ لها بالانتفاع والعبد لما كان قادرا على حقيقة
القتال لم يرضخ بمساعدته ويؤخذ منه لمولاه الغازي مقام القتال حتى يرضخ له اذا وجد
منه القتال فان قلت كيف يصح قولهم انها عاجزة عن حقيقة القتال وامانها يصح و
الامان لا يكون الا ممن يخاف منه القتال ولا قتال بدون القدرة عليه قلت الامان
يثبت بالشبهة وهذا يثبت بالاشارة فلم يدل ثبوت الامان على ثبوت حقيقة القتال و
شبهة القتال يتحقق منها بمساعدتها الغزاة بنفسها ومالها وتحريضها فصح امانها
لذلك ولم يتوقف على حقيقة القتال فلم يرد السؤال قوله ولا يبلغ به السهم اي لا يبلغ
بالرضخ الذي السهم اذا قاتل لا يسهم الراجل اذا كان راجلا ولا يسهم الفارس اذا كان فارسا
لان القتال جهاد والذي تبع للمسلمين في الجهاد فلا يسوى بينه وبين المسلمين
وقوله السهم بالرفع كما في قولك بلغ بعطائك خمس مائة بالرفع ولو قلت خمسمائة
بالنصب خرجت من كلام العرب وقد عرف في المفصل قوله والاول ليس من عمله
اي من عمل الجهاد واراد بالاول الدلالة على الطريق فلما لم تكن دلالة الطريق من
عمل الجهاد كانت كسائر الاعمال فيجاز ان يعطي الذي في اجرة دلالته زيادة على السهم
اي قدر بلغت قوله واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين و
سهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم
هذا لفظ القدوري في مختصره هذا هو المشهور عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم
الله يقسم على ثلاثة اصناف وهم اليتامى والمساكين وابن السبيل والاصل في هذا
قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى

والمساكين

والمساكين وابن السبيل اعلم ان اختلاف العلماء في هذه الاية قد كثر فعندنا يقسم الخمس على ثلاثة
اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل فذكر الله تعالى لافتتاح الكلام بسبيل
التبرك لان الاشيا كلها لله تعالى وسهم النبي صلعم سقط بموته كسقوط الصفي لان الانبيا
لا يورثون الا ترى الى ما حدث صاحب السنن باسناده الى عروة ابن الزبير عن عايشة
انها اخبرته ان فاطمة بنت رسول الله صلعم ارسلت الى ابي بكر الصديق تساله ميراثها من
رسول الله صلعم مما افا الله عليه بالمدينة وفدك وما بقي من خمس خيبر فقال ابو بكر ان رسول
الله صلعم قال لا نورث ما تركنا صدقة انما ياكل ال محمد من هذا المال واني والله لا اغير شيا
من صدقة رسول الله صلعم عن حالها التي كانت عليه في عهد رسول الله صلعم فلاعملن فيها
بما عمل فيه رسول الله صلعم فابى ابو بكر ان يدفع الى فاطمة منها شيا وسهم ذوي القربى ساقط
لكن فقراؤهم يدخلون في اصناف الثلاثة ففقيرهم في سهم المساكين ويتيمهم في سهم اليتامى وابن
السبيل منهم يدخلون في سهم ابن السبيل وعند الشافعي يقسم الخمس على خمسة اسهم سهم النبي صلعم
يصرف الى مصالح المسلمين نحو سد الثغور وعمارة القناطر وارزاق القضاة وسهم ذوي القربى
يصرف الى اقارب رسول الله صلعم كبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس
وبني نوفل ويشترك فيه الغني والفقير للذكر مثل حظ الانثيين واليه ذهب احمد بن حنبل
والباقي كقولنا وعند مالك الامر مفوض الى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم
دون بعض وان شاء اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم من امرهم وعند ابي العالية سهم
الله يصرف الى مصالح الكعبة او الى عمارة الجامع ان كانت الكعبة بعيدة من موضع القسمة
وقال في الكشاف وعن الحسن في سهم رسول الله صلعم انه لولي الامر من بعده وحاصل الخلاف
بيننا وبين الشافعي ان الغني الهاشمي هل يستحق السهم من الخمس ام لا لان سهم ذوي القربى
كان ثابتا في حياة النبي صلعم فيكون ثابتا كما كان لانه لا نسخ بعده ثم لا فصل في الاية
بين الغني والفقير فيشتركان ولنا ان المراد من القربى قربى النصرة لا قربى القرابة وكان
يعطي رسول الله صلعم لذوي القربى لنصرتهم لا لقرابتهم من حيث النسب فينتهي
الحكم بذهاب ~~الحق~~ العلة يدل على هذا ما روى صاحب السنن وغيره مسندا الى سعيد
بن المسيب قال اخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلعم
سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك من بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت

انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلعم فقلنا يا رسول الله صلعم هؤلاء بنو هشم لا ينكر فضلهم للموضع الذى وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بنى المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال رسول الله صلعم انا وبنو المطلب لا نفترق فى الجاهلية ولا الاسلام وانما نحن وهم شىء واحد وشبك بين اصابعه واشار الى نصرتهم اعلم ان فى سهم ذوى القربى اختلافا من اصحابنا من قال انهم يستحقونه بالمعنيين بالنصرة والقرابة جميعا واستدلوا على ذلك بحديث عثمان وجبير حيث قال لهما رسول الله صلعم ان بنى المطلب لا يفارقونى فى جاهلية ولا اسلام واخبر انهم استحقوا بالنصرة والقرابة جميعا فما لم يجتمعا لم يستحقوه فمن جاء بعد ذلك من القرابة فقد عدمت منه النصرة فانما يستحقه بالفقر دون غيره ولا حق للاعتبار فيه وقال اخرون من اصحابنا ان سهم ذوى القربى فى الاصل لم يجب الا للفقراء منهم ولم يكن مستحقا باسم القرابة دون الفقر والدليل على ذلك ان النبى صلعم اعطى بنى المطلب ولم يعط بنى عبد شمس ولا بنى نوفل وهما جميعا فى محل واحد من القرابة ولو كان مستحقا بالقرب لاستحقه الجميع لتساويهم فيه ومن الدليل عليه ايضا ان الخلفاء الراشدين وهم الخلفاء الاربعة لم يعطوا سهم ذوى القربى اغنياءهم وانما اعطوه الفقراء كذا ذكر ابو بكر الرازى فى شرحه لمختصر الطحاوى وقد احتج محمد باجماع الصحابة فقال كان الخمس يقسم على عهد رسول الله صلعم على خمسة ثم قسمه ابو بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم على ثلاثة اسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل ولا معدل عن الاجماع لا سيما اجماع الخلفاء الراشدين من غير انكار احد على ذلك يدل على هذا ما حدث الطحاوى فى شرح الاثار عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدى عن عبد الله المبارك عن محمد بن اسحق قال سالت ابا جعفر يعنى محمد بن على فقلت ارايت على ابن ابى طالب حيث ولى العراق وما ولى من امر الناس كيف صنع فى سهم ذوى القربى فقال سلك به والله سبيل ابى بكر وعمر فقلت وكيف انتم تقولون ما تقولون قال اما والله ما كان اهله يصدرون الا عن رايه قلت فما منعه قال كره والله ان يدعى عليه بخلاف ابى بكر وعمر فعلم بهذا ان عليا اجرى سهم ذوى القربى كما اجرى ابو بكر وعمر لانه راه صوابا ولو كان رايه خلاف رايهما لرده الى ما راى واعلم بهذا ان ما يروى عن ابن عباس انه كان يرى سهم ذوى القربى قائما ليس بصحيح وبين صح فنقول المراد منه سهم ذوى الحاجات منهم ونحن نقول بذلك ايضا حيث نقدمهم على ساير الفقرا

لان

لان ساير الفقراء لهم حق فى الصدقة ولا حق لفقراء ذوى القربى الا فى الخمس فان قلت لا نسلم ان المراد قرب النصرة فلو كان كذلك لم يثبت الاستحقاق للنساء والذرارى لعدم النصرة منهم قلت المراد منه نصرة الاجتماع لا نصرة القتال حيث صحبوا رسول الله صلعم حين هجرة الناس اياه ودامو على ذلك فى الاسلام وهذا المعنى يوجد منهم كما يوجد من الرجال وسال ابو بكر الرازى فى شرحه لمختصر الطحاوى سوالا ثم اجاب عنه فقال ان قال قايل قوله تعالى وللرسول ولذى القربى وعمومه يقتضى وجوب السهم للفقراء والاغنياء منهم قيل له هذا عندنا ليس بعموم بل هو مجمل موقوف الحكم على البيان من قبل ان قوله ولذى القربى لا يختص بقرابة النبى صلعم دون قرابة غيره اذ كان الاسم يتناول الجميع الا ترى الى قوله تعالى واذ اخذنا ميثاق بنى اسرائيل لا تعبدون الا الله وبالوالدين احسانا وبذى القربى لم يختص بقرابة نبى صلعم دون غيره من الناس وقد كان يجوز ان يكون المراد به قرابة الخليفة او قرابة الغانمين او امير الجيش وروى قتادة عن الحسن ان المراد به قرابة الخليفة فلما لم يكن فى الاية دلالة على تخصيص النبى صلعم دون غيره حصل اللفظ مجملا مفتقرا الى البيان وسقط الاحتجاج بعمومه ثم اعلم ان رسول الله صلعم هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وكان لعبد مناف خمسة بنين هشم والمطلب ونوفل وعبد شمس وابو عمرو واسمه عبيد درج ولم يعقب وعثمان ره من بنى عبد شمس لانه عثمان بن عفان بن ابى العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف وجبير من بنى نوفل فانه جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل قال البخارى فى صحيحه قال ابن اسحق عبد شمس وهشم والمطلب اخوة لام وامهم عاتكة بنت مرة وكان نوفل اخاهم لابيهم قوله قال الشافعى لهم خمس الخمس اى لذى القربى بقرابة قوله والعوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض اراد بالعوض خمس الخمس وبالمعوض الزكوة قوله وهم الفقراء الضمير يرجع الى من فى قوله من يثبت قوله وشبك بين اصابعه قال فى الجمهرة كل شئ اخل يتشابك ومنه قيل شبك بين اصابعه قوله فاما ذكر الله تعالى فى الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه هذا لفظ القدورى فى مختصره وذلك لما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوى فى شرح الاثار باسناده الى سفين الثورى عن قيس بن المسلم قال سالت الحسن بن محمد ابن على ره عن قول الله عز وجل واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه قال اما قوله فان لله خمسه فهو

الصفي
مغنايح طام ولله تعالى الدنيا والاخرة قو وسهم النبي صلعم سقط بموته كما سقط
وهذا لفظ القدوري وعند الشافعي سهم الرسول يصرف الى الخليفة في رواية
والى مصالح المسلمين كسد الثغور وفي رواية لنا ان النبي صلعم كان يحصل بسهم
الصفي ويخمس الخمس ويجعل له مع ذلك في الغنيمة سهم كسهم رجل من المسلمين كذا
قال الطحاوي في شرح الاثار وحكم الصفي سقط بموته فكذا خمس الخمس وسهم رجل
من الغنيمة ولان الانبياء لا يورثون لما روينا عن عايشة رضه ان ابا بكر ما دفع الى
فاطمة من ذلك شيئا مع ان فاطمة كانت اقرب الناس الى رسول الله صلعم واسهم
بدرها وهذا دليل على ان سهم ذوي القربى ساقط لانه لو لم يكن ساقطا لكانت
فاطمة اولى الناس به قو والصفي شيء كان النبي صلعم يصطفيه لنفسه من الغنيمة
مثل درع او سيف او جارية وحدث صاحب السنن باسناده الى الشعبي قال كان للنبي
صلعم سهم يدعى الصفي ان شاء عبدا ان شاء امة وان شاء فرس يختاره قبل الخمس
وقال محمد في السير الكبير باسناده عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان سيف
النبي صلعم ذو الفقار الذي تنفله يوم بدر كان سيف العاص منبه بن الحجاج فهذا
دليل على انه لم يحل من الجنة وذكر هشام بن محمد بن السايب الكلبي عن ابيه في كتاب
السيوف كان سيف رسول الله صلعم ذا الفقار وكان للعاص بن منبه بن الحجاج السهمي
نقتله علي ابن ابي طالب يوم بدر وجاء بسيفه الى رسول الله صلعم فصار بعد على
اعطاه اياه النبي صلعم وله يقول القايل لا سيف الا ذو الفقار ولا فتى الا علي الى
هنا لفظ كتاب الكلبي وما ذكر الزمخشري في الفايق ان رسول الله صلعم تنفله
المغازي
في غزوة بني المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو اقدم واعلم بخلافه لا سيما اهل
فان الكلبي ابة فيه وذكر في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى انس بن مالك قال قدمنا
خيبر فلما فتح الله عليه الحصن ذكر له جمال صفية بنت حيي بن اخطب وقد قتل
زوجها وكانت عروسا فاصطفاها النبي صلعم لنفسه قو والحجة عليه ما قدمناه
القربى
اي الحجة على الشافعي ما قال ان النبي صلعم كان يستحقه بنصرته قو وسهم ذوي
كانوا يستحقونه في زمن النبي صلعم بالنصرة هذا لفظ القدوري قو لما روينا اشارة
القدوري
الى قوله والنبي صلعم اعطاهم للنصرة الخ ما قال قو قال وبعده بالفقر اي قال
في

في مختصره وبعده بالفقر اي وبعد النبي عليه الصلاة والسلام كانوا يستحقون
سهم ذوي القربى بالفقر قال صاحب الهداية استحقاقهم ذلك بالفقر قول الكرخي
وقال الطحاوي سهم الفقير منها ساقط ايضا كالغني قو لما روينا من الاجماع ايضا
اشارة
الى ما ذكر بقوله ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة قو ولان فيه معنى الصدقة
نظرا الى المصرف اي لان في سهم ذوي القربى معنى الصدقة لان الهاشمي الذي
صرف اليه فقيرا اذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه اليه بعد النبي صلعم باتفاق
الروايات عن اصحابنا فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوي القربى اياه كما
حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله وقد مر ذلك
في الزكوة قو وجه الاول اراد به قول الكرخي قو وقيل هو الاصح وانما قيل لان في
عنى
كون قول الكرخي اصح اختلاف المشايخ قو والاجماع انعقد على سقوط حق الا
اي اجماع الخلفاء الراشدين انعقد على سقوط حق الاغنياء من ذوي القربى قو
اما فقراؤهم اي فقراء ذوي القربى يدخلون في اصناف الثلاثة اي في اليتامى
يغيرون
والمساكين وابناء السبيل برة مرة قو واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب
بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس وهذا لفظ القدوري في مختصره و
قال الشافعي يخمس قال في السير الصغير الرجل والرجلان يخرجان من دار الاسلام
فيغيرون في ارض الحرب فيصيبان الغنايم لا يخمس فيما اصابوا ان بعث الامام
رجلا او طليعة من العسكر فاصاب غنيمة يخمس قال في السير الكبير ولو ان رجلا او
رجلين او ثلاثة او من لا منعة له من المسلمين او من اهل الذمة دخلوا دار الحرب بغير اذن
الامام فاصابوا غنايم فاخرجوها الى دار الاسلام كان ذلك كله لهم ولا خمس فيه فان كان الامام
اذن له يخمس ما اصابوا وكان ما بقي بينهم على سهام الغنيمة الى هنا لفظه وذلك لان الاذن
اذا لم يوجد صار اخذهم كاخذ اللص ولا خمس فيه لان الخمس انما يكون في الماخوذ قهرا
وغلبة لم يوجد ثم ما ياخذ كل واحد لا يشركه فيه من اصحابه لانه اخذ مالا على اصل الاباحة
كالصيد والحطب وان اجتمعوا على اخذ شيء واحد فهو بينهم كسائر المباحات اما اذا وجد
الاذن من الامام يخمس لانه وجد القهر والغلبة اعتبارا وان لم يوجد حقيقة لان الامام لما
اذن لهم التزم نصرتهم وامدادهم ولا يقال قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه مطلق

فينبغي ان يخمس وجه الاذان اذا لم يوجد لانا نقول الغنيمة عند العرب هو الماخوذ قهرا وغلبة
وما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد او الاثنان جهرا خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة ولا
يقال ينتقض قولكم بما اذا لم يكن لهم منعة ودخلوا فاخذوا وجب تخميس ما اخذوا وانهم باذن الامام
لانا نقول لا نسلم لوجود معنى القهر والغلبة بالمنعة قوله ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام
فيه روايتان والمشهور انه يخمس والمشهور من رواية ما ذكرنا من السير الكبير والصغير و
الرواية الاخرى رواية البرامكة ذكرها الناطفي في الاجناس وقال في البرامكة مسلم
اغار وحده في دار الحرب فان خرج وجه باذن الامام او بغير اذنه لا يخمس فيما اصاب من
اهل الحرب وكذلك الاثنان والثلاثة فان كانت سرية تخمس فيما اصابوا باذن الامام خرجوا
او بغير اذنه والسرية تسعة ثم نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابن الثلجي كان ابو حنيفة
يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم وهو عسكر في ارض الكفر للمسلمين لا يخمس فيما اخذه حتى
يصير تسعة فاذا بلغ ذلك فهم سرية قوله مغيرين بلفظ الجمع لا التثنية بدليل قوله فان قيل
ويجوز عود الضمير الى المعطوف والمعطوف عليه وان كان العطف بلفظ او كما في قوله تعالى
ان يكن غنيا او فقيرا فالله اولى بهما قوله اي الامداد بكسر الهمزة اي بالاعانة قوله فصار
كالمنعة اي صار الامام كالمنعة لهم حيث اذن لهم قوله وان دخل جماعة لها منعة فاخذوا
شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام هذا لفظ القدوري في مختصره ولم ينص على قدر المنعة
واشار في البرامكة وفي كتاب الخراج لابن الثلجي الى التسعة وقد مر انفا وانما خمس
الماخوذ بالمنعة لقوله تعالى ما غنمتم من شيء الاية وهذا داخل تحت الاية لكونه ماخوذا
بالقهر والغلبة ولانه ماخوذ بظهر المسلمين لان نصرتهم تجب على الامام لئلا يلزم
ظهور ضعف المسلمين بخلاف دخول الواحد وما اشبهه قال في السير الكبير اذا خرج قوم
لا منعة لهم باذن الامام وقوم لهم منعة وقد اصابوا غنائم قبل ان يلتقوا الحرب وبعد ما
يلتقوا الحرب فانه يخمس جميع ما اصاب الفريقان ولو التقى الفريقان بحيث لم يصيبوا لهم منعة
نصفه للذين دخلوا باذن الامام ويخمس ونصفه للذين دخلوا بغير اذن الامام ولا يخمس
قوله خذلهم بقوله خذلت الرجل اخذله خذلا وخذلانا اذا تركت معونته قوله فيه وهن المسلمين
اي في خذلانهم فيه ضعف المسلمين والوهن بسكون الهاء مصدر قوله وهن يهن وبالفتح
مصدر وهن يوهن من باب علم فصل في التنفيل لما كان التنفيل امرا يتعلق بالغنيمة

ذكره

١٤٧

ذكره بعد ذكر الغنائم يقال نفل السلطان فلانا اذا اعطاه سلب قتيل قتله ونفله نفلا
ونفله تنفيلا بمعنى واحد فصيحان كذا قال ابن دريد والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعه
انفال منه قول لبيد ان تقوى ربنا خير نفل وباذن الله ريثي وعجل قوله ولا باس
بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او
يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس اي قال القدوري في مختصره ولفظ قوله فيقول
تفسير ما قبله وانما قيد بقوله في حال القتال لان التنفيل انما يصح عندنا اذا كان قبل الاصابة
وعند الاوزاعي يصح بعد الاصابة في حق السلب للقاتل كذا ذكر في الاسرار ثم اعلم ان السلب
لا يخمس اذا نفل الامام مطلقا بان قال من قتل قتيلا فله سلبه او قال من اخذ شيئا فهو له
او قال للسرية ما اصبتم فهو لكم منه الربع او الخمس قوله الخمس او بعد الخمس يخمس ويعني
قوله جعلت لكم الربع بعد الخمس اي ربع ما اصبتم بعد رفع خمسه ثم الاصل في جواز التنفيل
قوله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وفي التنفيل تحريض عليه ثم اذن ذلك ان اهل
الشجاعة يخاطرون بانفسهم ويظهر الجلادة رغبة في السلب فتنكسر شوكة الكفار وفيه
مصلحة المسلمين واهله فكان جائزا وحدث البخاري وغيره مسندا الى ابي قتادة قال قال
رسول الله صلعم يوم حنين من قتل قتيلا فله كذا وكذا ومن اسر اسيرا فله كذا وكذا وقوله
عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه كقوله تعالى اعصر خمرا
وقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون قوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره والكلام
هذا بسبيل التوزيع يعني ان التنفيل كما يكون بما ذكر في مختصر القدوري وهو التنفيل بالسلب
والتنفيل بالربع بعد الخمس يكون بغيره ايضا ولا يختص بما ذكر ثمة بل يجوز بغيره بان يقول
جعلت لكم النصف بعد الخمس مثلا او يقول ما اصبتم فهو لكم الا ان الاولى ان لا يفعل بجميع
الماخوذ لانه فيه قطع حق الباقين من الغزاة ومع هذا لو فعل جاز لما راى فيه من
المصلحة قال بعض الشارحين اراد بقوله وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة وفيه نظر
لانه داخل تحت ما ذكر في مختصر القدوري لان السلب يشمل ما وسط القتيل من الذهب
والفضة فكيف يكون الذهب والفضة غير ما ذكر في المختصر والسرية مد قيل يبعثهم
الامام طليعة الى العدو ولا يختصون باربعمائة كما قال الحسن بذلك وهذا قال محمد في
السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ادناه ثلاثة ولو بعث بما دونه جاز ثم اعلم ان

التنفيل بالذهب والفضة جائز عندنا خلافا لمكحول لان النبي صلعم نفل ابن مسعود
يوم بدر سيف ابي جهل وكان عليه فضة ق ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام
هذا لفظ القدوري في مختصره واستثنى فيه بقوله الا من الخمس وذلك لان بعد الاحراز
تأكد حق الغزاة في الغنيمة فلا يجوز للامام ان يقطع حقهم لان التنفيل نوع تحريض
على القتال فلا يحتاج الى التحريض بعد استقرار الهزيمة واحراز الغنيمة بدار الاسلام
بخلاف الخمس وانه لا حق فيه للغزاة فلا يلزم قطع حقهم فيتصرف الامام فيه على
ما رأى من المصلحة في امور المسلمين ق واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة
والقاتل وغيره في ذلك سواء وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي اذا كان
القاتل مقبلا فالسلب للقاتل له ما روي عن ابي قتادة قال قال رسول الله صلعم يوم
حنين من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا
واخذ اسلابهم وجه الاستدلال ان الظاهر منه نصب الشرع كما في قوله عليه الصلاة
والسلام من غير دينه فاقتلوه فيكون السلب للقاتل سواء شرطه الامام او لم يشترط
الا ان المقبل له غناء اي كفاية في الجهاد ولا يوجد ذلك في المدبر فيختص بالسلب اظهارا
لفضيلته دون المدبر ولنا ان السلب قسمة لانه مال مأخوذ قهرا فيدخل تحت قوله تعالى
واعلموا انما غنمتم من شيء فيكون القاتل وغيره سواء اذا لم يوجد التنفيل لانه اخذه بقوة الجند
وروي في السنن وشرح الآثار مسندا الى عكرمة عن ابن عباس قال لما كان يوم بدر
قال رسول الله صلعم من قتل كذا وكذا فله كذا وكذا فذهب شبان الرجال وجلست
الشيوخ تحت الرايات فلما كانت الغنيمة جاء الشبان يطلبون نفلهم فقالت الشيوخ
لا تستأثروا علينا فانا كنا تحت الرايات ولو انهزمتم كنا ردءا لكم فانزل الله عز وجل يسألونك
عن الانفال فقرأ حتى بلغ كما اخرجك ربك من بيتك بالحق وان فريقا من المؤمنين لكارهون
يقول اطيعوني في هذا الامر كما رأيتم عاقبة امري حيث خرجتم وانتم كارهون فقسم بينهم
بالسوية ففي هذا الحديث دليل على ان السلب لا يكون للقاتل لانه لو كان له لاعطاه النبي صلعم
دون غيره والجواب عن حديث الخصم فنقول يحتمل ان يكون المراد منه نصب الشرع كما
قال الخصم ويحتمل ان يكون المراد به من قتل قتيلا في تلك الحرب كما قال عليه الصلاة والسلام
يوم فتح مكة من القى سلاحه فهو آمن فلم يدل ذلك على من القى سلاحه في غير تلك الحرب

آمن

آمن فلما احتمل قلنا ان ذلك الحديث ورد يوم حنين فلم يكن السلب للقاتل قبل
ذلك بالاتفاق فلم يجعل يقينا انه له لا يكون له وقد دل الحديث الذي روينا على
ان المراد بما رواه ليس نصب الشرع بل المراد منه التنفيل يؤيده ان المسلمين يوم حنين
ولوا منهزمين حيث اشتدت الحرب فاحتاج النبي صلعم الى التحريض بالتنفيل فقال
من قتل قتيلا فله سلبه فتعين الكلام للتنفيل دون ما قاله ق وتحمله على الثاني اي يحمل
الحديث الذي رواه الشافعي على التنفيل لما رويناه اي لحديث حبيب بن سلمة وهو
قوله عليه الصلاة والسلام ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك
ق وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرنا اشارة الى ما ذكره في فصل كيفية الغنيمة
ولان الكر والفر من جنس واحد الى قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لانهم من
واحد من الفرسان او الرجالة مثل الالف في الغناء ولا يعتبر ذلك في استحقاق زيادة السهم
لانه من جنس واحد فكذا هنا بزيادة الغناء في المقبل لا تعتبر ق والسلب ما على المقتول
من ثيابه وسلاحه ومركبه هذا لفظ القدوري في مختصره في تفسير السلب وكذا
ما على مركبه بجميع آلاته وما عليه من مال حقيبته وما في وسط القتيل من الدنانير
والدراهم كل ذلك سلب وما عدا ذلك مما كان مع غلامه او على جنيبه فليس بسلب
قال في الجمهرة الحقيبة الزيادة في مؤخر القتب وكل شيء شددته في مؤخر رحلك
او قتبك فقد احتقبته وكثر ذلك حتى قالوا احتقب فلان خيرا وشرا اذا اخره
وقوله ومركبه بالرفع ق لما مر من قبل اشارة الى ما ذكر في باب الغنائم بقوله ولان
الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانية منعدمة اي اليد الناقلة منعدمة
قبل الاحراز فلا يثبت الملك ق حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم
واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد له ان يطأها ويبيعها هذا ايضاح لثبوت الملك للمتنفل له بعد الاحراز ذكر الخلاف
في الزيادات بين محمد وصاحبيه واعتمد عليه صاحب الاسرار وتبعه صاحب الهداية ولم
يذكر الخلاف في السير الصغير والاصل بل قال فيه اذا قال الامام من اصاب شيئا فهو له
فاصاب رجل جارية فاستبرأها لا يطأها ولا يبيعها حتى يخرجها الى دار الاسلام
واعتمد عليه الحاكم الشهيد في الكافي وذكر الكرخي الخلاف بين ابي حنيفة خلافا لمحمد واعتمد

عليه صاحب المختلف والمنظومة وجه قول محمد ان سبب الملك قد تم بدليل ان المدد
لا يشاركونهم فيها ووجه قولهما ان سبب الملك قاصر لان اهل الحرب متقهرون
يدا قاهرون دارا فاوجب ذلك شبهة قال فخر الاسلام في شرح الزيادات اجمعوا فيمن
دخل متلصصا دار الحرب فاخذ جارية فاستبراها بحيضة لا يحل له وطيها حتى يخرجها
ثم استبراها قوله كما يثبت بالقسمة في دار الحرب والشرا من الحربي يعني كما يثبت الملك عند
محمد لان خلاف محمد ثابت في المقيس عليهما ايضا يعني في مسئلة القسمة والشرا ذكر الخلاف
فخر الاسلام في الزيادات وهذا حقق خلاف محمد في الشرا في المختلف والمنظومة ايضا
قوله ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الخلاف ذكر هذا لدفع شبهة ترد على
قول ابي حنيفة وابي يوسف بيانه ان محمدا ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب نفله الامام الضمان
يضمن لان الحق متاكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان
دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطي على مذهبهما ايضا بعد الاستبرا فقال في
جوابه انه على الاختلاف ايضا يعني عند محمد يضمن خلافا لهما ثم يحمل المذكور
في الزيادات على حل الوطء عندهما قبل الاحراز

باب استيلاء الكفار

لما ذكر قبل هذا حال استيلاء المسلمين على اموال الكفار ذكر هنا حال استيلاء
الكفار على اموال كفار اخر في دار حرب اخرى او على اموال المسلمين وما يترتب من
المسائل عليه قوله واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها هذا
لفظ القدوري في مختصره وذلك لان سبب الملك هو الاستيلا على مال مباح وقد حصل
ذلك وتحقيقه يجيء بعد هذا عند قوله واذا غلبوا على اموالنا والترك جمع تركي و
الروم جمع رومي والمراد كفار الترك وكفار الروم ومنه ما روى البخاري في الصحيح
عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلعم لا تقوم الساعة حتى يقاتلوا الترك صغار
الاعين حمر الوجوه ذلف الانوف كان وجوههم المجان المطرقة والذلف
قصر الانف واصطحاه ورجل اذلف وامراة ذلفا والجمع ذلف والمطرقة هي
التي البست الاغشية من الجلود شبه عرض وجوههم ونتو وجناتهم بظهور
الترسة قوله فان غلبناهم على الترك حل لنا ما نجده من ذلك هذا لفظ المختصر ايضا
اي حل لنا ما نجده في ايدي الترك مما اخذوه من الروم لانهم لما ملكوه بالاستيلا

صاد

صار هو وما لهم الاصلي سوا قوله واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وهذا لفظ
القدوري في مختصره وقال الشافعي لا يملك الكفار اموالنا وان احرزوها بدارهم لما
حدثنا الطحاوي في شرح الاثار وغيره مسندا الى عمران بن حصين قال كانت العضبا من
سوابق الحاج فاغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضبا فاسروا امراة من المسلمين
وكانوا اذا نزلوا يريحون ابلهم في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المراة وقد نوموا
فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى اتت على العضبا فاتت على ناقة ذلول
فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها
فلما قدمت عرفت الناقة فاتوا بها النبي صلعم فاخبرته المراة بنذرها فقال بئس ما جزيتها
او نجيتها لا وفا لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن ادم فعلم بهذا ان الكفار لا يملكون
اموال المسلمين فلو كانوا يملكونه لملكت المراة العضبا بالاخذ منهم ولان اخذهم عدوان
محض فلا يصير سببا للملك كغصب المسلم من المسلم ولان الاستيلا انما يكون سببا
للملك اذا ورد على مباح وهنا ورد على محظور معصوم حقا للمسلم فلا يكون سببا
للملك كالاستيلا على رقبة المسلمين ولنا قوله تعالى للفقرا المهاجرين الذين اخرجوا
من ديارهم واموالهم فيه اشارة الى زوال املاكهم الى الكفار بتباين الدارين لان
الفقير عديم الملك لا بعيد اليد عن الملك ولهذا كان المكاتب فقيرا وان صاب
مالا عظيما وهذا كان ابن السبيل في كتاب الله غير الفقير لان ابن السبيل بعيد اليد
عن الملك لا عديم الملك وروى البخاري في الصحيح مسندا الى اسامة بن زيد انه قال
زمن الفتح يعني فتح مكة يا رسول الله صلعم اين تنزل غدا قال النبي صلعم هل ترك
لنا عقيل من منزل وانما قال هذا لانه كان استولى عليه عقيل وروى محمد ابن الحسن في
الاصل عن ابن عباس ان رجلا وجد بعيرا له في المغنم قد كان المشركون اصابوه قبل
ذلك فسال عنه رسول الله صلعم ان وجدته قبل ان يقسم فلك وان وجدته بعد ان
يقسم اخذته بالثمن ان شئت وهذا دليل على ملك الكفار بعد الاحراز لانه قال عليه
الصلاة والسلام بعد القسمة اخذته بالثمن الا انه لما كان احق من ساير المسلمين اخذه
قبل القسمة بلا شي وروى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى تميم بن طرفة
ان رجلا اصاب له العدو بعيرا فاشتراه رجل منهم فجاء به فعرفه صاحبه فخاصمه

الی رسول الله صلعم فقال ان اعطیته ثمنه فهو لک والا فهو له وروی الطحاوی ایضا باسناده الی قبیصة بن ذویب ان عمر بن الخطاب قال فیما احرز المشرکون فاصابه المسلمون فعرفه صاحبه ان ادرکه قبل ان یقسم فهو له وان جرت فیه السهام فلا شیء له وروی ایضا فیه عن ابی عبیدة مثل ذلک وروی ایضا فیه باسناده الی سلیمان بن یسار عن زید بن ثابت مثله وروی ایضا فیه باسناده الی سلیمان بن یسار عن زید بن ثابت مثله و روی ایضا فیه باسناده الی قتادة عن خلاس ان علی ابن ابی طالب قال من اشتری ما احرز العدو فهو جایز فهذه الجملة دلیل علی ان المشرکین اذا احرزوا ملکوا ولان الاستیلاء علی مال مباح باصل الخلقة سبب للملک واستیلاء الکفار علی اموالنا بعد الاحراز بدارهم استیلاء علی مال مباح بالاباحة الاصلیة فیکون سببا للملک کاستیلائنا علی اموالهم بعد الاحراز وانما تثبت العصمة للمال لتمکن المالک من الانتفاع ودفع الحاجة لانه اذا لم یکن معصوما کان کل احد بسبیل من التعرض فلا تحصل المصلحة المطلوبة من العصمة وهو التمکن من الانتفاع ودفع الحاجة بعد احرازهم ارتفعت العصمة فعاد مباحا فملکوه بالاستیلاء فان قلت لا نسلم ان المال مباح باصل الخلقة قلت انه مباح لقوله تعالی خلق لکم ما فی الارض جمیعا فاللام للاختصاص فیقتضی الاختصاص بجهة الانتفاع مطلقا دون اختصاص الواحد بشیء من ذلک لان فیه منع الباقین من الانتفاع وقد اضیف الیهم جمیعا بحرف الاختصاص والجواب عن حدیث العضباء فنقول ان المشرکین ما کانوا احرزوها بدارهم بدلیل قوله وکانوا اذا نزلوا یریحون ابلهم فی افنیتهم فلما کانت ذات لیلة قامت المراة وقد نوموا فیفهم منه انهم کانوا بعد فی الطریق وقبل الاحراز لا یثبت الملک فلا یکون حجة علینا اذ نقول سلمنا انهم احرزوا بدارهم یکون المراة نذرت فی الطریق قبل الاحراز بدار الاسلام الا تری انها قالت ان غاها الله تعالی لتنحرنها وما لم یکن قبلا الا بدار الاسلام فلاجل هذا قال علیه الصلاة والسلام لا نذر فیما لا یملک ابن ادم والجواب من معقولهم فنقول لا نسلم ان استیلاء الکفار ورد علی مال محظور معصوم لان الاستیلاء انما یتحقق علی اموالنا بعد الاحراز بدارهم لان الاستیلاء عبارة عن الاقتدار علی المحل مطلقا علی وجه یتمکن من الانتفاع فی الحال ومن الادخار الی الزمان الثانی والاقتدار بهذه الصفة لا یکون الا بعد الاحراز بعد احرازهم ارتفعت العصمة لما قلنا فورد الاستیلاء علی مال مباح لا علی مال محظور کمال المسلم الذی اسلم ثمة ولم یهاجر الینا فیملکه اموالهم الا ما کان

فی

فی یده من منقول وقیاسهم المال علی الرقبة ضعیف لان المال مباح فی الاصل بخلاف الادمی فانه خلق مالکا للمال شیئا محترما معصوما ولا یرد علینا الاسترداد بالملک القدیم لانه لیس لان الملک قایم بل لان الملک القدیم احق کالشفیع لیس له ملک فی البیع ولکن احق من المشتری فیقدم علیه فالبا فی یعلم فی طریقة الخلاف انشاء الله تعالی قوله محظور ابتداء ای فی دار الاسلام وانتهاء ای بعد الاحراز بدار الحرب قوله والمحظور لا ادبه المحظور من وجه لان المحظور من کل وجه وهو الباطل لا یکون سبب للملک عندنا ایضا کالبیع بالمیتة او الدم او الخمر قوله لا ینتهض سببا ای کما یعنی لا یکون سببا قوله علی ما عرف من قاعدة الخصم وذلک ان النهی یعدم المشروعیة عنده قوله وهذا اشارة الی ان الاستیلاء ورد علی مال مباح قوله علی منافاة الدلیل اراد به قوله تعالی خلق لکم ما فی الارض جمیعا یعنی ان الدلیل یقتضی الاباحة فی المال وثبوت العصمة فیه ینافیها قوله ضرورة تمکن المالک ای لضرورة تمکنه وهو دلیل ثبوت العصمة قوله لانه ای لان الاستیلاء قوله حالا ای بالانتفاع بالمال فی الحال ومالا ای عاقبة یعنی بالادخار الی الزمان الثانی قوله والمحظور لغیره اذا صلح سببا لکرامة الی جواب عن قول الخصم والمحظور لا ینتهض سببا للملک یعنی ان الملک مباح لعینه لکن الحظر فیه لحق الغیر وهو المالک ثم المحظور لغیره یصلح سببا للثواب کما فی الصلاة فی الارض المغصوبة والثواب اعلی النعم فلان یصلح سببا للملک الذی هو ادنی احق علی انا نقول المحظور قد یصلح سببا للملک کما فی الشراء علی سوم اخیه والبیع عند الاذان یوم الجمعة وبیع الحاضر للبادی وبیع المتلقی للسلعة فانه ینعقد اصلا قوله فان ظهر علیها المسلمون فوجدها المالک قبل القسمة فهی لهم بغیر شیء وان وجدها بعد القسمة اخذوها بالقیمة ان احبوا وهذا لفظ القدوری فی تمختصره ای ان غلبه المسلمون علی الاموال التی اخذها الکفار منا فاستنقذوها منهم یاخذها المالک قبل القسمة بغیر شیء وبعد القسمة بالقیمة وعند الشافعی یاخذونها فی الوجهین بغیر شیء لان الملک لم یثبت للکفار عنده وقد مر جوابه مستوفا فی المسئلة المتقدمة ولان حق المالک القدیم زال بغیر رضاه فاثبت الشرع حق الاخذ نظرا له فیاخذ بغیر شیء قبل القسمة لان الملک فی المغنوم عام بین الغانمین فعل الضرر علیهم

فلم يلتفت اليه فاخذه بغير شيء او لان الملك لما كان عاما لم يثبت له حق الملك ولهذا اورد
في الاسرار ان واحدا من الغانمين لو استولد جارية من المغنم لم يثبت النسب لعدم الملك
بعموم الشركة بخلاف ما بعد القسمة حيث ياخذه بالقيمة لانه لو اخذه بلا شيء يتضرر
المالك الجديد لانه اخذه عوضا عن نصيبه في المغنم فيفوت ذلك فلاعتدال النظر
للمالك القديم والجديد اثبتنا حق الاخذ لكن بالقيمة   وان دخل دار الحرب تاجر
فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن
الذي اشتراه وان شاء ترك وهذا ايضا لفظ القدوري وذلك لان التاجر حصل له
الملك فيه بعوض فاذا اخذه المالك القديم بغير شيء يتضرر التاجر فلدفع الضرر
عنه قلنا ياخذه المالك بالثمن ان شاء وقد ذكرنا حديث تميم بن طرفة في هذه
الحادثة قبل هذا والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه كذا ذكر الحاكم الشهيد   ولو
اشتراه بعوض ياخذه بقيمة العوض ولو وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته هذا تفريع لمسئلة
المختصر اي لو اشتراه التاجر بالعوض ياخذه المالك القديم بقيمة ذلك العوض ان شاء كيلا
يتضرر التاجر وكذلك اذا وهب اهل الحرب لمسلم ياخذه المالك القديم بالقيمة لانه حصل
له ملك خاص بالهبة فلا يجوز ابطاله بلا عوض لا يقال حصل الملك للموهوب له بلا
عوض فينبغي ان يجوز ابطاله بلا عوض لان المكافاة مقصودة بدليل ما روي عن النبي عليه السلام
عن رسول الله صلعم انه قال من اولى معروفا فليكافئ به فان لم يستطع فليذكره فان ذكره
فقد شكره فكان المكافاة بالذكر كالعوض ولو كان ذلك المغنوم مثليا كالدراهم والدنانير والمكيل
والموزون ياخذه المالك القديم قبل القسمة بلا شيء ولا ياخذه بعد القسمة لانه لو اخذه بالمثل
ولا فايدة فيه وكذلك حكم المثلي اذا كان موهوبا بالواحد لا ياخذه المالك القديم لعدم الفائدة
لما بينا اشارة الى قوله لان الاخذ بالمثل غير مفيد   وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا
ووصفا اي لا ياخذه المالك القديم ايضا اذا كان ما اخذه الكفار منا واحرزوه بدراهم
بمثله قدرا ووصفا لانه لا فائدة في ان يعطي عشرة مثاقيل جياد ويأخذ عشرة مثاقيل جياد
او يعطي عشرة اقفزة جيدة وياخذ عشرة اقفزة جيدة الا اذا اشترى بخلاف الجنس
والا اذا اشترى بالاقل قدرا او بالارد الصفة فح يكون للمالك القديم اخذه بمثل ما اشترى
لوجود الفائدة ولا يلزم الربوا لانه يعيده الى قديم ملكه لكن اعطى المشتري ثمن البيع دفعا

للضرر

151

للضرر عنه ق قال فان كان مشترى عبدا فاذا اشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام
ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو وصورة
المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد لرجل اسره العدو
فاشتراه رجل من المسلمين فاخرجه ففقئت عينه فاخذ المولى ارشها ثم جاء المولى
الاول بكم ياخذ العبد قال بالثمن الذي اخذه من العدو واصله ان الكفار يملكون
اموالنا بالاحراز بدارهم عندنا وقد مر بيانه ثم اذا اشترى رجل عبدا ماسورا من
العدو صح شراؤه وصح ملكه في العبد لكن للمالك القديم حق اخذ رقبة العبد
ان شاء بالثمن الذي اشترى به المشتري لحديث تميم بن طرفة وقد مر قبل هذا
ولانه لو اخذه مجانا يتضرر به المشتري وليس للمسلم ان يضر بغيره لكن ليس
للمالك القديم ان ياخذ الارش لان المالك احق بالرقبة لاعادة العبد الى قديم
ملكه والارش حصل في ملك المشتري صحيحا وليس فيه الاعادة الى قديم الملك
ومع هذا لو اخذ الارش اخذه بمثله ولا فائدة فيه لان الارش دراهم او دنانير
الا ترى ان العبد لو قتل في يد المشتري خطا فاخذ قيمته لم يكن للمالك القديم عليه
في القيمة سبيل لعدم الفائدة فكذا هنا وفي الزيادة والنقصان ربوا وهو حرام ثم اذا
لم ياخذ الارش ليس له ان يحط شيئا من الثمن في العين لان العين بمنزلة
الوصف لانه يحصل بها صفة الكمال في الذات والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
وقد فات الوصف في الملك صحيحا وبدلها به لا يسقط شيء من الثمن لانه تابع
الا ترى انه لو اشترى عبدا فذهب يده او عينه لا يسقط شيء من الثمن وقد
مات الوصف في ملك صحيح وبدلها به لا يسقط شيء من الثمن لانه تابع ولهذا
اذا استهلك انسان شيئا من بناء الدار التي فيها الشفعة يسقط من الشفيع
حصته لان المبيع لما كان واجب الرد الى الشفيع بحق الشفعة اليه صار
المشتري شراء فاسدا والوصف فيه مضمون لانه واجب الرد كما في الغصب فكذا
فيها بخلاف ما نحن فيه فان الملك صحيح للمشتري من العدو فحصل الفرق
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن محمد ان المولى يسقط
عنه حصة الارش من الفداء فجعله بمنزلة الشفيع انه ياخذه بالحصة اذا استهلك

انسان شيئا من البناء يقال فقأت عينه اي اخرجتها مفقوءة قوله مما قلنا اشارة الى
قوله لانه يتضرر بالاخذ مجانا قوله لان الملك فيه صحيح احتراز عن الشرا الفاسد فان العوض
فيه مضمون قوله اما هاهنا اي فيما اذا اشترى من العدو قوله فانه وفا اي الملك الصحيح و
المشترى شرا فاسدا وقد مر بيانه قوله وان اسروا العبد فاشتراه رجل بالف درهم
واسروه ثانية اي مرة ثانية وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال في العبد ياسره اهل الحرب فيشتريه منهم رجل بالف
درهم ثم يسرونه ثانية ثم يشتريه اخر بالف قال لا سبيل للمولى الاول عليه حتى يكون المشترى
الاول ياخذه بالثمن الثاني وذلك لان الكفار اخذوا في المرة الثانية بالقهر ملك المشترى
الاول فياخذه من المشترى الثاني بالثمن الذي ياخذه به ثم ياخذه المولى القديم ان
شاء من المشترى الاول بالالفين لانه قام العبد بهما الفا بالشرا والفا بالفدا فصارت
كرجل وهب لرجل عبدا فوهب موهوب له من اخر فليس للواهب الاول على الثاني سبيل
ما لم يرجع الثاني في هبته فكذا هنا قوله وان اسروا اي اسر الكفار قوله قام عليه اي على المشتري
الاول قوله الماسور منه الثاني وهو المشترى الاول قوله ليس للاول اي للمولى الاول وهو المالك
القديم قوله بحال حضوره اي حضرة الماسور منه الثاني وهو المشترى الاول قوله ولا يملك علينا
اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع
ذلك وهذا لفظ القدوري في مختصره وفايدته ان المولى ياخذه بلا شيء قبل القسمة
وبعدها وكذلك اذا اشترى رجل واحدا مما ذكرنا من اهل الحرب بعد استيلايهم ياخذه المولى
بلا شيء والاصل فيه ما ذكر في شرح الطحاوي ان كل ما يملك بالميراث يملك بالاسر والاستيلا
والقهر والغلبة وكل ما لا يملك بالميراث لا يملك بالاسر والقهر والغلبة وهذا لان سبب التملك فيه
هو الاستيلا انما ينعقد سببا اذا اتصل بالمحل كما في سائر الاسباب فلم يتصل في محل
فلا يكون سببا فلا يصح تملكهم وذلك لان الحر ليس بمحل للتملك لعصمته وكذا المدبر والمكاتب
وام الولد ليسوا بمحل له لاستحقاقهم الحرية ولهذا لا يصح ان يتملكهم بالعقود وهذا معنى قوله
لانه ثبتت الحرية فيه من وجه اي فيمن سوى الحر لا يقال اذا ظهرنا عليهم نملك جميع ما كان
او مدبرا او غير ذلك فينبغي ان يملكوا علينا ايضا كذلك من غير فرق بين الحر والمكاتب
والمدبر وام الولد وبين العبد القن لانا نقول يجوز تملكهم على بعضهم بالقهر والغلبة وان

كان حرا فكذا جاز تملكنا على احرارهم ولا يجوز تملكهم على احرارنا ومدبرينا ومكاتبينا
وامهات اولادنا بالعقود فلا يجوز تملكهم ايضا قوله من سواه اي من سوى الحر قوله ولا جناية
من هؤلاء اي من هؤلاء المذكورين وهم المدبرون وامهات الاولاد والمكاتبون
والاحرار لم يوجد جناية الكفر فلم يستحقوا الرق بخلاف اهل الحرب فانهم لما كفروا بالله
العظيم واستنكفوا ان يكونوا عبيدا له جعلهم الله عز وجل ارقاء صالحين للتملك بالاستيلا
فكانوا عبيد عبيده جزاء على صنيعهم الفاحش قوله واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه
لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه وهذه من مسايل القدوري والحكم في عبد الذمي
كذلك وفي المسلم اتفاقي لهما ان العبد مما يجوز تملكه اذا وجد سببه وقد وجد سبب
التملك وهو الاستيلا اهل الحرب عليه فيملكوه ولهذا يملك الابق المتردد في دار الاسلام
والعبد المأذون بالدخول في دار الحرب اذا احرزوهم بدارهم فصار استيلاؤهم عليه
كاستيلائهم على الدابة المنفلتة اليهم ولابي حنيفة ان العبد كما انفصل عن دار الاسلام
ظهرت يده عليه والمراد من ظهور اليد كونه قادرا على استعمال الالة وصرف منافعه
الى حيث يريده في مصالحه فاذا ظهرت يد العبد زالت يد المولى وفاتت قدرة انتفاعه
بالعبد للتنافي بين يدي المولى ويد العبد لان يد المولى عبارة من القدرة على المحل
تصرفا كيف شاء ويد العبد كذلك فمحال ان يكون العبد الواحد مصروفا الى جهتين
مختلفتين فلما ظهرت يد العبد منع ذلك يد اهل الحرب بخلاف الدابة فانه لا يد لها تمنع
يد اهل الحرب عن الاستيلا وبخلاف العبد الابق المتردد في دار الاسلام فانه في يد
مولاه حكما لان الاقتدار على المحل قايم بالطلب والاستعانة باهل الدار فلم يظهر يد العبد
وبخلاف عبد المأذون بالدخول في دار الحرب لان يد المولى قايم حكما ايضا لانه لما دخل باذن
المولى يده يد نيابة عن المولى اذ الظاهر انه يعود الى دار الاسلام بخلاف الابق لانه
لما ابق تمرد على مولاه وصار غاصبا ملك مولاه كما انفصل عن دار الاسلام فلم يبق
للمولى يد لا حقيقة ولا حكما فبطل القياس ثم اذا لم يثبت ملك اهل الحرب على العبد
ياخذه المولى الذي ابق العبد منه بلا شيء سواء كان وهب له اهل الحرب لواحد او
اشتراه منه او وجده المولى في يد الغانمين قبل القسمة اما بعد القسمة فياخذ
المولى عبده بلا شيء ايضا لكن يؤدي الامام عوضه من بيت المال ولا يعطى المشترى العوض

فان قلت العبد كما انفصل عن دار الاسلام يقع في يد اهل الحرب لانه ليس بين
الدارين موضع امن يظهر فيه يد العبد اذا انفصل عن دارنا فلو كان يظهر
يده لعتق كعبد الحربي اذا اسلم والتحق بعسكر المسلمين قلت لا نسلم انه ليس
بين الدارين موضع بل بين الدارين موضع حاجز بينهما فاذا وصل العبد اليه
ظهرت يده فمنع يد اهل الحرب وانما لا يعتق لان من ظهور يده على نفسه لا يلزم
زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز ان
يوجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشترى قبل القبض فان الملك للمولى واليد
لغيره بخلاف عبد الحربي اذا اسلم والتحق بعسكرنا لانه استولى على مال الحربي وهو غير
معصوم فيملكه فلما ملكه زال ملك المولى فلما زال ملك المولى عتق والباقي يعلم
طريقة الخلاف قوله لان سقوط اعتباره اي اعتبار يد المولى قوله بخلاف المتردد
اي بخلاف العبد الآبق المتردد في دار الاسلام اراد في دار الاسلام اراد بالمتردد
الذي يتردد في دارنا قوله وليس له على المالك جعل الآبق اي ليس للغازي او الآخذ
او الموهوب له لان اعتقاد كل واحد منهم ان العبد ملكه فيكون عاملا لنفسه لا للمولى
القديم وانما ذكر هذه المسألة تفريعا لمسألة القدوري قوله وان ند بعير اليهم
فاخذوه ملكوه وهذا لفظ القدوري اي ملكوه بالاتفاق لعدم يده وند البعير
يند ندا وندودا اذا ذهب على وجهه شاردا وهو من باب فعل بفتح العين
في الماضي وكسرها في المستقبل قوله البهيمة والبهيمة البهيمة وانما سميت البهيمة لانها لا
تتكلم فكذلك كل من لم يقدر على الكلام فهو اعجم ومستعجم ويقال صلاة النهار عجماء لانه
لا يجهر فيها بالقراءة كذا ذكر في مجمل اللغة قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله انه ظهرت
يده على نفسه بالخروج من دارنا قوله فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع
فاخذ المشركون ذلك كله الخ وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه
عبد ابق الى دار الحرب بفرس ومتاع معه فاخذه المشركون فاشتراه رجل من المسلمين
وما معه من المال قال مولاه يأخذ العبد بلا شيء ويأخذ المال بثمنه ان شاء وقال
ابو يوسف ومحمد يأخذ الكل بثمنه ان شاء قال فخر الاسلام والذي يعد من الخواص
والاصل ما بيناه في المسألة المتقدمة وهو ان اهل الحرب لما ملكوا العبد كالفرس

عندهما

عندهما اخذها المولى القديم من المشتري بالثمن لانه اخذ بهما وعند ابي حنيفة لما لم يملكوا
العبد وملكوا الفرس والمتاع اخذ المولى العبد بلا شيء واخذ سائر الاموال التي كانت
مع العبد بالثمن ان شاء وهذا معنى قوله اعتبارا لحال الاجتماع بحال الانفراد يعني اذا
ابق العبد وحده كان الحكم فيه كذلك فكذلك اذا ابق ومعه فرس ومتاع فان قلت
سلمنا ان العبد لما ظهرت يده على نفسه دفع ذلك الايدي القاهرة عنه كما اذا
ظهرت بالكتابة ولكن كان ينبغي ان يملك اهل الحرب ما معه لان يد العبد اسبق على
ما في يده من يدهم قلت غاية ما في الباب ان يده ظهرت على نفسه بالانفصال من
دار الاسلام فلا يلزم من ظهور اليد ثبوت المالكية لان ما في يده مال معصوم لمسلم
فلا يجوز تملكه فيبقى الملك فيما في يد العبد كما كان لصاحب الملك فيملكه اهل الحرب
بالاحراز لما استقصينا عند قوله واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها
الا ترى ان الحربي اذا سبي ملك ما معه فهذا اولى قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى
عبدا مسلما فادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهذه من مسائل
الجامع الصغير اعلم ان الحربي المستأمن اذا اشترى عبدا مسلما جاز ويجبر على البيع
لانه لا يجوز ان يبقى المسلم في ذل الكافر لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعند الشافعي
لا يجوز بيعه اصلا فاذا ادخله في دار الحرب عتق عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه
لهما ان البيع كان متعينا للتخلص عن الذل فاذا انتهى الى دار الحرب تعذر الاجبار
على البيع لعجز الامام عن ذلك فلا يعتق لانه لو اخذه من دارنا فاحرزه بدارهم ملكه
فلا يعتق فهنا اولى انه لا يعتق لانه ملكه في دار الاسلام واحرزه بدارهم ولابي حنيفة
ان تخليص المسلم من ذل الكافر امر واجب الوجود الا ان قيام الامان في دار الاسلام
اوجب تفويض ماله فتعين الاجبار على البيع ما دام في دارنا فاذا انتهى الى دارهم تعذر
الاجبار على البيع فاقيم شرط زوال الملك في الجملة وهو تباين الدارين مقام علة زوال
الملك وهي الاعتاق عند العجز من العلة تخليصا للمسلم عن اهانة الكافر كما اقيم انقضاء
ثلاث حيض وهو شرط البينونة في الطلاق الرجعي مقام علة البينونة وهي عرض
القاضي الاسلام وتفريقه بعد الاباء عند عجز القاضي عن حقيقة العلة فيما اذا اسلم احد
الزوجين بدارهم ثم يلزمها ان تعتد بثلاث حيض من بعد ذلك والجواب عما قالا انه لو

انما لا يعتق الذي اخذه الحربي من دار الاسلام فادخله بلادهم لان للمولى ان ياخذه
اما هنا فلا حق له فيه ولو ان اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر
وهذه من مسايل الجامع الصغير ولفظ المختصر واذا خرج عبيدهم الى عسكر
المسلمين فهو احرار والاصل فيه ما روي ان عبيدا من اهل الطايف خرجوا الى النبي صلعم
مسلمين فطلب المسلمون قسمتهم فقال النبي صلعم هم عتقاء الله وروى صاحب
السنن قسمتهم فقال النبي صلعم هم عتقاء الله وروى صاحب السنن باسناده الى
علي بن ابي طالب قال خرج عبدان الى رسول الله صلعم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب
اليه مواليهم قالوا يا محمد والله ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من
الرق فقال الناس صدقوا يا رسول الله صلعم ردهم الى مواليهم فغضب رسول الله صلعم
وقال رسول الله صلعم ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب
رقابكم على هذا فابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله فعلم بهذا ان العبد اذا خرج مراغما لمولاه
صار حرا وكذلك اذا خلى دارهم بعد اسلام العبد يكون حرا لانه لما التحق بمنعة المسلمين
كانه خرج في دار الاسلام ولا يكون عبدا للغزاة لانهم يحتاجون الى ان يملكوه بالاحراز وهو
يحتاج الى ان يحرز نفسه لينال شرف الحرية واحرازه اسبق من احرازهم فصار اولى لانه
صاحب يد في نفسه لكنه محتاج الى ما يوكد يده بمنعة المسلمين وهم محتاجون الى اثبات
اليد ابتدا فكان اعتبار يده اولى قال في شرح الطحاوي ولا يثبت الولاء من احد لان هذا
عتق حكمي وان لم يخرج الينا او لم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع
من مسلم او كان عتق العبد قبل المشتري البيع او لم يقبل لان العبد استحق حق الاعتاق
بالاسلام لكنه محتاج الى سبب اخر لزوال ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه
فلان يكون راضيا بزواله الى عبده اولى لان غيره لم يستحق حق الزوال وعبده استحق
حق الزوال الى هنا لفظ الطحاوي ولو او ظهر على الدار اي على دار الحرب وظهر على
صيغة المبني للمفعول من قولك ظهرت على الرجل اذا غلبته ولو روي ان عبيدا من
عبيد الطايف اسلموا وخرجوا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير كانوا
ستة اعبد او سبعة ولو احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق
بمنعة المسلمين فيه لف ونشر يعني انه احرز نفسه بالخروج فيما اذا خرج الينا او بالالتحاق ظهر

اذا ظهر على الدار ومعنى قوله مراغما لمولاه اي مغاضبا يقال راغم فلان قومه مراغمة اذا خرج عنهم
ونابذهم كذا في الجمهرة والمراغم المذهب والمهرب في قوله تعالى مراغما يجد في الارض مراغما
وقال كعلو دبلاذ وبعضهم المراغم الموضع يلتجي اليه الخايف كذا في المجمل اللغة وانما قيد بقوله
مراغما لانه اذا خرج طايعا لمولاه يباع وثمنه للحربي وعليه نص الحاكم الشهيد في الكافي بقوله
واذا بعث الحربي عبدا تاجرا الى دار الاسلام بامان فاسلم العبد هيهنا بيع وثمنه للحربي و
ذلك لانه لم يبلغ حل رقبته والله اعلم **باب المستامن** لما فرغ عن باب الاستيلا وهو
عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في باب الاستيمان لان طلب الامان انما
يكون حيث يكون فيه قهر وعدم الاستيمان المسلم تعظيما له ولو واذا دخل المسلم دار الحرب
تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمايهم وهذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه فان غدر بهم واخذ شيئا واخرجه به ملكه ملكا محظورا ويوامر ان يتصدق
به الى هنا لفظه وهذا لانهم انما مكنوه من الدخول في دارهم بعد الاستيمان بشرط ان لا
يتعرض لشيء من دمايهم واموالهم فاذا تعرض لذلك كان غدرا والغدر حرام لما روى محمد في اول
كتاب السير الصغير عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال
كان رسول الله صلعم اذا بعث جيشا او سرية اوصى صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه واوصاه
بمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله وفي سبيل الله وقاتلوا من كفر بالله لا تغلوا
ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا الحديث فيه طول وروى صاحب السنن باسناده الى
ابن عمر ان رسول الله صلعم قال ان الغادر ينصب له لواء يوم القيمة فيقال هذا غدرة فلان
ولكن منع هذا لو غدر التاجر بهم واخذ اموالهم واحرزها بدار الاسلام ملكها ملكا محظورا لان
المحظور لا ينافي وقوع الملك الا ترى ان اموالنا محظورة عليهم ان يملكوها حتى اذا احرزوها بدارهم
واستولوا عليها ملكوها فنحن اولى بان نملك اموالهم لانها مباحة لا عصمة لها فلما ثبت الحظر
في الملك بسبب الامان اورث ذلك خبثا فامر بالتصدق لان المال الخبيث حقه التصدق الا اذا
لم يملكهم بالجهاد او يلوا الملك بعلمه ولم يمنعه ثم لا يكون اخذ تاجرا اموالهم غدرا لانهم هم
الذين نقضوا العهد وفعلوا الغدر وكذلك لا يكون اخذا لاسير المسلم غدرا وان كان مطلق
العنان منهم لانه لم يوجد الاستيمان صريحا فلم يلزم الغدر ثم لو غدر التاجر بهم واخذ
جارية يكره له وطيها وان احرزها بدار نا وكذا يكره وطيها للمشتري منه لقيام الحظر في الملك

بسبب الغدر بخلاف مشتري الجارية من مشتريها شراء فاسدا حيث يحل له وطيها بعد
الاستبراء لان الكراهة في حق المشتري الاول لقيام حق البائع في الاسترداد وقد زال
حقه ببيع المشتري من آخر فظهر الفرق والرواية مذكورة في المبسوط وغيره قوله فالتعرض
بعد ذلك اي تعرض المسلم بعد ان ضمن ان لا يتعرض لهم قوله اذا غدر بهم ملكها اي بالتاجر
ملك اهل الحرب وهو استثناء من قوله يكون غدرا قوله قال غدر بهم اي بالكفار قوله وهذا لان
الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعني ان مال اهل
الحرب مباح في نفسه وانما الحظر جاء لمعنى في غير المال وهو الغدر فلا يمنع انعقاد سبب
الملك وهو الاستيلاء قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر في اول باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور
لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل وقد مر
تقريره قوله واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا الخ وهذه من المسائل
المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المسلم يدخل
دار الحرب بامان فادانه حربي دينا ثم خرج الحربي الينا مستامنا فاراد ان يأخذه بدينه
قال لا يقضى له بشيء وكذلك لو كان المسلم هو ادان الحربي وكذلك لو ادان الحربي حربيا
ثم خرجا مستامنين ولو خرجا مسلمين في المسئلتين جميعا قضيت بدين لاحدهما
على صاحبه الى هنا لفظه وذلك لانه لا ولاية للقاضي وقت الادانة اصلا لا على المسلم المستامن
ولا على الحربي وكذا لا ولاية له على القضاء على الحربي المستامن لان ولايته عليه في معاملة
يفعلها في دار الاسلام لا في معاملة فعلها في دار الحرب والمعاملة وقعت في دار الحرب فلما
انتفت الولاية لم يقض بشيء لانه لا قضاء بدون الولاية قال في شرح الطحاوي ولكنه
يفتى فيما بينه وبين الله تعالى ان يقضي وكذلك في الغصب لا يقضى لواحد منهما على الآخر
لان غصب احدهما مال صاحبه مال لا عصمة له في حقه وذلك لان دار الحرب دار القهر
والغلبة فاذا استولى احدهما على مال آخر فقد ملكه ولا يحكم بالرد لثبوت الملك الا ان
المسلم المستامن لما غصب مالهم صار ناقضا للعهد لاخذه بغير طيبة انفسهم فيؤمر
فيما بينه وبين الله تعالى ان يرده ليرتفع الغدر وكذلك الحكم في الحربيين اذا ادان
صاحبه او غصب احدهما مال الآخر ثم خرجا الينا مستامنين لا يقضى بشيء للمعنى الذي
قلنا الا انهما اذا خرجا مسلمين في المسئلتين جميعا اعني في مسئلة المسلم مع الحربي و

مسئلة

مسئلة الحربيين يقضى بالدين ولا يقضى بالغصب لان كل واحد منهما ملكه وانما يقضي
بالدين لان الدين وقع صحيحا بالتراضي لكن لم يحكم بذلك لانقطاع الولاية فاذا اسلما
وجب الحكم لقيام الولاية قوله فادانه اي فاذانه البيع بالدين والاستدانة الابتياع
بالدين قوله وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستامنين اي لا يقضى بشيء في صورة
الادانة والغصب جميعا قوله فغصب حربيا اي مال حربي على حذف المضاف واقامة المضاف
اليه مقامه قوله ومراده الفتوى يعني يفتى بالرد فيما بينه وبين الله تعالى ولا يحكم بالجبر
والله لزم قوله واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه الخ وهذا من
مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجلين المسلمين
يدخلان دار الحرب بامان فيقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ قال على القاتل الدية في ماله
وعليه الكفارة في الخطأ ولا كفارة عليه في العمد وفي الخطأ الكفارة وقال ابو يوسف
ومحمد عليه في العمد والخطأ الدية ايضا الى هنا لفظه قال فخر الاسلام صاحبه في دار
الحرب يعني لا يجب القصاص لوجهين احدهما ان القصاص لا يمكن استيفاؤه الا بالامام
ومنعة المسلمين وذلك معدوم في دار الحرب والثاني دخول المسلم في دار الحرب ان كان
للسكنى يبطل عصمته فلما وجد اصل الدخول كان شبهة فسقط القصاص لانه تدرأ بالشبهات
ثم لما سقط القصاص بالشبهة وجبت الدية لانه كان من اهل دارنا وانما وجبت الدية على
القاتل لان العاقلة لا تعقل العمد ولا كفارة عليه في هذه الصورة لانه لا كفارة في
العمد عندنا ولو كان القتل خطأ تجب الدية في ماله والكفارة وانما وجب الدية والكفارة
لان المقتول من اهل دارنا لانه مستامن في دارهم وهو بسبيل من الخروج والحكم في اهل دارنا
كذلك وانما لم تجب الدية على العاقلة لعدم تقصيرهم في الحفظ لانه لا قدرة لهم على حفظ
القاتل مع تباين الدارين ووجوب الدية عليهم لترك الحفظ اما اذا كان المسلمان اسيرين
في دارهم فقتل احدهما الآخر فعند ابي حنيفة لا شيء على القاتل الا انه تجب الكفارة في الخطأ
وعندهما تجب الدية في مال القاتل في العمد والخطأ جميعا لكن في الخطأ تجب الكفارة ايضا
وسقوط القصاص في العمد لما قلنا في المسئلة الاولى اما وجوب الدية عندهما فلان
الاسير من اهل دارنا في الاصل وقراره في دارهم على شرف الزوال لانه يمكن ان يتخلص
منهم اما بالهرب واما بشراء المسلم او اخذه فكان حكمه حكم المستامن واحد المستامنين

اذا قتل احدهما الاخر ثمة تجب الدية في ماله فكذا اذا قتل الاخر ثمة تجب الدية في ماله فكذا
اذا قتل احد الاسيرين الاخر ولابي حنيفة ان الاسير مقهور محبوس في دارهم فكان تابعا لهم
ولهذا يتبعهم في السفر والاقامة فصار حكمه حكم من اسلم ولم يهاجر الينا ولا تجب في قتله
الدية فكذا في قتل الاسير والجائع كونهما مقهورين في ايديهم مستوطنين في دارهم وانما
لا تجب الدية في الذي لم يهاجر عندنا خلافا للشافعي لقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم
وهو مؤمن فتحرير رقبة بيانه ان الله تعالى جعل جزاء مقتول من مؤمن من قوم عدو
الكفارة والجزاء اسم لما يقع به ~~قال بشر عن ابي حنيفة~~ الكفاية فلا يجب شيء اخر وهذا الذي
ذكرناه هو المشهور عن ابي يوسف وقال في مختصر الكرخي قال بشر عن ابي يوسف في الاسرى
وهم التجار سواء ان قتل منهم رجل رجلا عمدا فقتلته وان كان خطأ فعلى عاقلته
قوله فلاطلاق الكتاب اراد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة قوله
بمنعة قال منع بضم النون منعة اذا صار منيعا وفلان ذو منعة اي عزيز ممتنع
على من يريده قوله والوجوب عليهم على اعتبار تركها اي وجوب الدية على العاقلة على
اعتبار ترك الصيانة قوله على ما بينا اشارة الى قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز
بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل
لا تعقل العمد قوله بالاسر صار تبعا لهم والاصل غير مضمون فكذا التبع قوله ولهذا
يصير مقيما ايضا لقوله صار تبعا قوله فيبطل به الاحراز اصلا اي يبطل بالاسر الاحراز
بدار الاسلام فلما بطل الاحراز لم يثبت العصمة المقومة فلم يجب الدية لانها بناء على تلك
العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام **فصل** واذا دخل
الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة
وضعت عليك الجزية وهذه مسئلة القدوري والاصل هنا ان الامام لا يترك الحربي
المستامن ان يطيل المكث في دارنا كيلا يقف على عورات المسلمين فيدل الكفار عليهم
وانما يجوز له اطالة المكث بقبول الجزية او استرقاق فلهذا يتقدم اليه الامام ويقول ان
اقمت السنة وضعت الجزية فاذا اقام بعد تقدم الامام اليه صار ذميا لانه لما اقام ذلك
المدة بعد التقدم صار ملتزما للجزية فيستانف عليه الجزية لحول بعده الا ان يكون
شرط عليه ان مكث سنة اخذ منه الجزية فياخذها منه كذا قال فخر الاسلام في

شرح

شرح الجامع الصغير وانما يمكن المستامن في دارنا من المكث اليسير لقوله تعالى وان
احد من المشركين استجارك فاجره حتى يسمع كلام الله ثم ابلغه مامنه ولان في
منع هذا القدر مضرة على المسلمين وقطع الميرة والجلب فجاز ذلك دفعا
لحاجة المسلمين واقامة لمصلحتهم فقدر ذلك بما دون السنة لان السنة مدة تجب
فيها الجزية فلا يجوز ان يمكث الحربي في دارنا مدة الجزية بلا جزية لانه ترك مصلحة المسلمين
ثم اذا عاد الى دار الحرب قبل تمام المدة فلا سبيل عليه فاذا اراد العود بعد تمام
المدة فلا يترك ان يعود لانه صار ذميا حيث اقام مدة مضروبة عليه والذمي
لا يجوز رجوعه الى دار الحرب وللامام ان يضرب المدة على حسب ما يرى من المصلحة
شهرا ونحو ذلك كذا قالوا قوله عينا لهم وعونا علينا والعين الجاسوس القوم كذا
في الجمهرة والعون الظهير على الامور والجمع اعوان قوله لان في منعها قطع الميرة اي
في منع الاقامة اليسيرة والميرة بكسر الميم وسكون الياء الطعام يمتاره الانسان
فاما المئرة بالهمزة النميمة قال في الجمهرة وكل شيء جلبته من ابل وخيل وسائر ذلك من
الحيوان فهو جلب وهو بفتحتين قوله فلا سبيل عليه اي على المستامن يعني لا يمتنع من
ان يرجع الى دارهم قبل تمام السنة قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد
تقدم الامام اليه صار ملتزم الجزية قوله حربا علينا يقال فلان حرب فلان اي
محاربه قوله فاذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه
الخراج فهو ذمي وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير اعلم انه لا يكون ذميا بمجرد
الشراء او الزراعة لو باع الارض قبل وجوب الخراج لا يكون ذميا وبه صرح الكرخي في
مختصره وشمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وانما يصير ذميا اذا وضع
الخراج على الارض فيؤخذ منه الجزية لسنة مستقبلة من وقت وضع الخراج قال
فخر الاسلام يعني قول محمد اذا وضع عليه الخراج اي وظف عليه لانه اذا وظف
عليه فقد لزمه حكم يتعلق بالمقام في دارنا فصار من ضرورته ان يكون ذميا
ثم قال فخر الاسلام وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد اذا اشترى ارضا عشرية
يعني يكون ذميا ايضا لانهما جميعا من مؤن الارض ولو اشترى الحربي ارض العشر
صارت ارض خراج في قول ابي حنيفة فيكون ذميا اذا وجب عليه فيها الخراج وهي

وارض الخراج واحد في قول ابي حنيفة كذا ذكر الكرخي في مختصره اما اذا استاجر الحربي ارض
خراج فزرعها واخرجها على صاحبها لا يكون ذميا الا اذا كانت ارضا بالقاسمة بنصف
ما يخرج فزرعها الحربي بنفسه فحكم الامام بالخراج عليه دون صاحب الارض فيكون ذميا
فيوضع عليه خراج راسه ولا ينظر الى ملك الرجل بل الى وجوب الخراج وهذا اذا اشترى
الحربي ارض خراج بالقاسمة فاجرها من مسلم او ذمي فاخذ الخراج من المستاجر على ما
راه الامام فان الحربي لا يصير ذميا قوله فاذا الزمه اي التزم الحربي خراج الارض قوله
من وقت وجوبه اي وجوب الخراج قوله وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير وهو
مبتدا او خبره قوله تصريح قوله فيخرج على صيغة المبني للفاعل يقال خرجته فخرج اي
خرج على شرط الوضع احكام جمة اي كثيرة والجم الكثير من كل شيء قال الشاعر ان تغفر
اللهم تغفر جما واي عبد لك لا الما والمراد من تلك الاحكام المنع من الخروج الى
دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلافه خمره وخنزيره
ووجوب الدية في قتله خطا فلا يغفل عنه اي عن شرط الوضع لانه انما يثبت
تلك الاحكام بعد وضع الخراج لا قبله قوله واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت
ذمية وهذه من مسائل الجامع الصغير التي تليها اعلم انها اذا تزوجت ذميا
تصير ذمية يجري عليها احكام اهل الذمة بعد ذلك من المنع عن الخروج الى دارهم واخذ
الخراج من ارضها وما شابه ذلك بما ذكرنا اذا تزوج الحربي ذمية لا يصير ذميا وذلك
لان المراة تابعة لزوجها في المقام والزوج ليس بتابع لها فيه فتكون المراة ذمية لالتزام
المقام في دارنا دون الزوج واوضح الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير قوله الا
ان الزوج والمراة اذا كانا مسافرين فنوى الزوج الاقامة صارت المراة مقيمة ولو نوت
المراة الاقامة لا يصير الرجل مقيما قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب
وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه
وهذه من مسائل القدوري وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في
حربي يدخل دارنا بامان فيودع رجلا الف درهم ويقرضه الف درهم ثم يلحق بدار الحرب
فيؤخذ اسيرا فمال الوديعة فيء ويبطل القرض عن الذي هو عليه وكذلك ان ظهر
على الدار وقتل فان قتل ولم يظهر على الدار فالوديعة والقرض لورثته والمسئلة الاخيرة

من الخواص

من الخواص وقال الشافعي يكون الوديعة لورثته وفي الدين قولان احدهما انه لورثته و
الاخر انه مغنوم لنا ان نفسه صارت مغنومة فكذا ماله كان تابعا له وهو الوديعة لان
يد المودع يده تقديرا بخلاف القرض فان يده عليه بواسطة المطالبة وتبطل مطالبته
بعد الاسر والقهر واختص به من عليه لانه احق من العامة لسبق يده فسقطت الديون
لعدم المطالب اما اذا قتله انسان ولم يظهر على الدار فالوديعة والقرض لورثته لانه
لما لم تصر نفسه مغنومة لم يصر ماله مغنوما ايضا لان الامان في حق المال باق فيرد على
ورثته وقتله وموته سواء ولا يقال ينبغي ان تكون الوديعة فيئا في هذه الصورة كما في
الاولى كما اذا اسلم في دارنا وله وديعة في دارهم عند حربي او مسلم او ذمي ثم ظهر على الدار
فانه يكون فيئا لانا نقول الوديعة معصومة في دارنا وقت الابداع فبقيت كما كانت
فان قلت ينبغي ان تكون الوديعة في صورة الاولى لورثته كما قال الشافعي كما اذا مات في
دار الاسلام قلت اذا مات في دارنا مات في امان وماله في امان فكان لورثته بخلاف
ما اذا مات او قتل بعد الظهور على دارهم او اسر حيث زال الامان عن ذمته فكذا عن
ماله فظهر الفرق قوله وما في دار الاسلام من ماله على خطر اي على تردد وبين التردد بحرف
الفاء في قوله فان اسر او ظهر الخ وهذا لان قرضه يسقط ووديعته تكون فيئا في صورة وتكون
للجميع لورثته في صورة وقد مر التقرير قوله قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب
بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج اي قال القدوري يقال وجف البعير
وجفا ووجيفا وهو ضرب من سير الابل وربما يستعمل في الخيل واوجفت البعير اذا حملته
على الوجيف والاصل فيه قوله تعالى وما افاء الله على رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل
ولا ركاب اي فلم يكن ذلك بايجاف خيل او ركاب منكم على ذلك يعني لم يحصل ذلك بعملكم و
مشقتكم بل بالقاء الرعب في قلوبهم ثم قال ما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله و
للرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الاغنياء
منكم اي متداولا ولا يتبدل له الاغنياء منهم دون الفقراء ثم قال للفقراء المهاجرين ثم قال
والذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم وهم الانصار ثم قال والذين جاءوا من بعدهم
وهم المسلمون الى يوم القيامة فاستوعبتهم الاية فلم يبق احد من المسلمين الا كان له فيها
حق فيصرف في مصالحهم كالخراج والجزية في عمارة الرباطات والقناطر والجسور وسد

الثغور وكرى الانهار العظام التي لا ملك لاحد فيها كجيحون والفرات ودجلة ويصرف
الى ارزاق القضاة والولاة والمحاسبين والمعلمين وارزاق المقاتلة ويصرف الى
رصد الطريق عن اللصوص وقطاع الطريق وقال الشافعي يقسم ما اوجف عليه
المسلمون فاربعة اخماسه للنبي صلعم وخمسه يقسم كما يقسم خمس الغنيمة وخمس الخمس
للنبي عليه الصلاة والسلام ففي نصيبه بعد وفاته قولان في قول يصرف الى مصالح المسلمين وفي
قول الى المقاتلة وكذلك قال في الجزية وهو يحتج بالاية لانه اذا قسم لا يكون حق لسائر المسلمين
بعد المهاجرين والانصار وايضا يكون دولة بين الاغنياء وهو ايضا يخالف
الاية وقوله في الجزية تخمس قياسا على القسمة مخالف للسنة والاجماع اما السنة فلان
النبي صلى الله عليه وسلم اخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية
على اهل اليمن على كل حالم دينارا فلم يكن في ذلك خمس بل كان ذلك بين جماعة المسلمين
واما الاجماع فلان هذا قول لم يقل به احد غيره الا ترى الى ما قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره وهذا ما قال به احد قبله ولا بعده ولا في عصره فان قلت
حدث صاحب السنن باسناده الى الزهري عن مالك بن اوس بن الحدثان
عن عمر رضي الله عنه قال كانت اموال بني النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف
المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصا
عده في سبيل الله قلت ليس فيه حجة للخصم لان معناه ان يكون له التصرف فيها
كيلا يلزم المخالفة بينه وبين الاية التي تلونا يدل على هذا ما روى صاحب
السنن باسناده الى عروة بن الزبير عن عائشة زوجة النبي صلعم انها اخبرته
ان فاطمة بنت رسول الله صلعم ارسلت الى ابي بكر الصديق تسأله ميراثها من
رسول الله صلعم مما افاء الله بالمدينة وفدك وما بقي من خمس خيبر فقال ابو بكر
رضي الله عنه ان رسول الله صلعم قال لا نورث ما تركنا صدقة انما ياكل ال محمد
من هذا المال واني والله لا اغير شيئا من صدقة رسول الله صلعم عن حالها التي
كانت عليها في عهد رسول الله صلعم فلا عمل فيها بما عمل به رسول الله صلى الله عليه
وسلم فابى ابو بكر ان يدفع الى فاطمة منها شيئا فمعنا قوله انما ياكل محمد من هذا المال
اي ليس لهم ان يزيدوا على الماكل فان قلت الغنيمة تخمس فيجب ان تخمس الفيء ايضا لان

كلاهما

كلا منهما كان مال المشركين رجع الى المسلمين قلت لا نسلم ان القياس صحيح لوجود الفارق
بين الفيء والمقيس عليه لان الفيء رجع بغير قتال والغنيمة بقتال ولان الغنيمة
حصلت بسببين مختلفين احدهما الرعب الواقع على الكفار بظهور المسلمين والاخر
مباشرة الغزاة القتال فلما كان السبب مختلفا اختلف الاستحقاق ايضا فوجب الخمس
لمعنى الرعب واربعة الاخماس للغزاة لمباشرة القتال بخلاف الفيء فانه حصل بسبب
واحد وهو الرعب بظهور المسلمين لانه لم يوجد السعي من الغزاة فلم يستحقوا الا
كان بين جماعة المسلمين قوله هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها اي الذي
اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال مثل الارض التي اجلى
المسلمون اهلها عنها وقوله والجزية بالجر عطف على قوله الاراضي اي هو مثل الاراضي
ومثل الجزية وقوله فيه هذا اي وفيما اوجف المسلمون عليه ومعنى اجلوا اخرجوا
قوله ماذكرناه اشارة الى قوله لانه مال ماخوذ بقوة المسلمين بغير قتال قوله
واذا دخل الحربي بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع
بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار
فذلك كله فيء وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم ان الحربي اذا جاء
الينا ثم اسلم فجميع ماله في دار الحرب وزوجته واولاده الصغار والكبار
فيء اي غنيمة اذا ظهر على الدار لان تباين الدارين قاطع للعصمة قوله تعالى
للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم فصاروا فيئا اما الزوجة
واولاده الكبار فلعدم التبعية بالبلوغ واما اولاده الصغار فلانهم لما لم يكونوا
في يده لتباين الدارين لم يمكن ان يعتبروا مسلمين تبعا لابيهم فصاروا فيئا
وكذا الجنين لانه تابع للام في الرق والحرية وكذا وديعته في دار الحرب لانه حين
فارق دار الحرب كان المال مال حربي غير معصوم فكان فيئا اما اذا اسلم في دارهم
ثم خرج الينا فجميع ماله ثمة فيء الا اولاده الصغار وما كان وديعة عند مسلم
او ذمي كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي اما زوجته واولاده الكبار فلانهم حربيون
وكذا ما في بطنها لانه تبع للام والاولاد الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم حين
اسلم كانت تحت يد نائبه وهو المودع ويد نائبه كيده تقديرا فلو كانت في يده

فيئا لكنه في يد نائبه بخلاف ما اذا كان غصبا عند مسلم او ذمي حيث يكون فيئا لان يد
الغاصب ليست بصحيحة وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عند حربي لان يده ليست
بمحترمة فكانت فيئا وباقي التقرير مر في باب الغنائم فينظر ثمة قوله فاسلم هنا اي
في دار الاسلام قوله ثم ظهر على الدار اي على دار الحرب قوله وكذلك اي ما في بطنها لو كانت
حاملا لما قلنا اشارة الى ما قال في باب الغنائم بقوله ولنا انه جزء منها فيرق برقها قوله
اذا كان في يده اي اذا كان الصغير في يد الاب قوله وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه
بمعنى ان الحربي وان احرز نفسه باسلامه في دارنا لا يصير امواله في دار الحرب محرزة لتباين
الدارين قوله وما كان من مال وديعة مسلم او ذمي فهو له اي للذي اسلم ثم جاء
الينا ثم ظهر على دارهم وقيد بالايداع لان ما كان غصبا يكون فيئا على ما بينا من رواية
الحاكم الشهيد بلا ذكر الخلاف لكن قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير انما كان
غصبا عند مسلم او ذمي صار فيئا لعدم النيابة ثم قال وعند ابي يوسف ومحمد يجب
ان لا يكون فيئا الا ما كان غصبا عند مسلم او ذمي لان عصمة المال تابعة لعصمة
النفس وقد استفاد باسلامه في النفس عصمة مؤثمة مانعة من الاستيلاء فكذا فيما هو
تابع له ولابي حنيفة ان هذا مال غير معصوم فصار فيئا كالعقار بيانه ان المال في
الاصل غير معصوم وانما عصمته بالاحراز الذي يثبت به العزة ولم يوجد لانه لم يخرج
عن يد معصوم فاما النفس فعصمتها نوعان اصلية وعارضية الاصلية هي المؤثمة
والدافعة لانه خلق للدين الحق الخلافة ومن ضرورة الحرية والعصمة ولكن ذلك يبطل
بعدوان المكلف اذا عدم مادة العصمة الاصلية واما العصمة المقومة فعارضة
فلم يثبت الا بالاحراز ولا عصمة المال عارضة فلهذا افترقا هذا تقريره رحمه الله و
اما العقار فعند الشافعي لا يكون فيئا وقد مر بيانه في باب الغنائم قوله ما سوى ذلك اي
اولاده والاولاد الكبار والمال الذي غصبه مسلم او ذمي او كان وديعة عند حربي قوله
لما قلنا اشارة الى قوله لانهم حربيون كبار قوله واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم
عمدا او خطاء وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطاء وهذه
من مسائل الجامع الصغير وهي الرواية المشهورة عن ابي حنيفة وابي يوسف في الجامع
الصغير وغيره وروى عن ابي حنيفة قال لا دية عليه ولا كفارة من قبل ان الحكم

لم يجر عليهم وعن ابي يوسف قال اضمنه الدية واجعل عليه في الخطاء الكفارة واستحسن ذلك وادع
القياس كما قال ابو حنيفة كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال الشافعي عليه القود في العمد و
الدية في الخطاء وجه قول الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم
واموالهم ووجه ما روى عن ابي يوسف انه تحقق الدم لاجل اسلامه وكونه في دار الحرب
لا يبيح تقويم دمه كالمستأمن وجه الظاهر قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير
رقبة وكان ابو حنيفة يتأول هذه الاية في الذين اسلموا في دار الحرب وجه الاستدلال
بالاية ان الله تعالى ميز بين المطلق وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو ولنا في من الحكم
المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة بقوله فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله وفي الثاني الكفارة دون الدية بقوله تعالى فتحرير رقبة بيان هذا من وجهين احدهما
انه ذكر بحرف الفاء وهي للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة
والثاني انه كل الحكم المتعلق بهذا الفعل فلا يكون غيره مرادا بيانه انه كل الحكم المتعلق انه كل
المذكور وهذا ظاهر لانه لم يذكر غيره فلما كان كل المذكور كان كل الحكم لان المقصود من بيان الشرع
اقامة مصلحة العبد واخراجه عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان
كل الحكم بلا اخلال فثبت انه كل الحكم ولا يكون غيره مرادا لان السكوت في موضع بيان الحاجة
الى البيان بيان وكان ذكر التحرير والسكوت عن غيره بيانا على ان غيره ليس بمراد والمعقول في
المسئلة ان الكفارة وجبت جزاء للجناية على العصمة المؤثمة الثابتة بالاسلام واما الدية
فانما تجب باعتبار الجناية على النفس المعصومة بالعصمة المقومة والتقوم امر زائد على اصل
العصمة لانه من صفات العزة فلا يثبت الا بالاحراز بدار الاسلام وهذا لان الاصل في العصمة
المقومة المال لا النفس فلا يثبت التقوم في المال الا بالاحراز كما في سائر الاشياء المباحة فكذا
لا يثبت التقوم في النفس التي هي تابعة للمال في العصمة المقومة الا بالاحراز ولم يوجد الاحراز
فلا يثبت التقوم فلا تجب الدية لعدم التقوم فاذا دخل دارنا فيكون محرزا والسلطان وليه
في القتل والصلح دون العفو فان قلت لا نسلم ان المراد من قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو
مؤمن الذي لم يهاجر الينا بل المراد منه الباغي فانه من قوم عدو لنا والشافعي لا يوجب الدية في
قتل الباغي ايضا قلت المراد منه الذي لم يهاجر الينا بالنقل عن ائمة التفسير وقد دل اطلاق
اسم العدو على ذلك لان العدو المطلق هو الكافر لا الباغي ان كان من قوم عدو لنا من حيث الدين

لكن من قوم اصحابنا من حيث الدين والدار لكافر حربي ولئن دينا ودارا قوله وله ورثة مسلمون
اى للحربي الذى اسلم في دار الحرب قوله هناك اى في دار الحرب قوله فلا يبتنى عليه اى على القاتل المسلم
قوله لكونه مستجلبا للكرامة اى لكون الاسلام يعني ان العصمة تثبت بها النعمة والكرامة فيتعلق
بما له تاثير في استحقاق الكرامة وهو الاسلام لانه منشأ كل سعادة وكرامة فيتعلق العصمة
المؤثمة به كالمؤثمة لا بالدار التي هي جماد لا اثر له في استحقاق الكرامات قوله لحصول اصل الزجر
بها اى بالمؤثمة قوله كمال فيه اى في اصل العصمة قوله فيتعلق بما علق به الاصل اى يتعلق الوصف
وهي المقومة بالاسلام الذى علق به الاصل وهي المؤثمة فتثبت العصمتان جميعا بالاسلام
فيجب الكفارة والدية بقتل الذى اسلم وهاجر الينا قوله ولان العصمة المؤثمة بالآدمية يعني ان الاصل
في الآدمي بكونه معصوما وانما تبطل العصمة بعارض الكفر فاذا انعدم الكفر بالاسلام عادت
العصمة وانما كان الاصل ذلك لانه خلق حرا له حق الخلافة صالحا لحمل التكليف وانما يتحقق
هذا بكونه حرام التعرض اذ لو كان مباح التعرض لم يتمكن من اقامة اعباء التكليف والمال ليس كذلك فانه
خلق مباح التعرض وانما العصمة بعارض الاحراز والتقوم في المال اصل دون النفس والاصل لا في الاسلام
الاحراز فكذا ما كان تابعا وهو تقوم النفس وهذا لان التقوم للجبران الغاية وذلك مبني على التماثل
اما صورة ومعنى كما في ذوات الامثال او معنى كما في ذوات القيم واعتبار التماثل صورة ومعنى او
معنى للجبران الغاية لا يكون الا في المال فكانت التقوم في المال اصلا ولا يقال انه [illegible]
فتثبت العصمة المقومة لان تقوم العصمة من صفات الكمال وهذه بالمنعة والاعتبار
الكفرة لبطلانها فلا يثبت العصمة قوله والقيام بها اى باعباء التكليف اى باثقاله حتى يمنع
وهي كل فعل من حرام او غيره وامر تحت المستامن في دارنا من اهل دارهم جواب سؤال تقديره ان
يقال لو كان العصمة المقومة بدارنا وهما في دارنا لكان في قتلهما الدية فاجاب عنه وقال
انهما من اهل دار الحرب حكما لقصدهما الانتقال اليها فلم يجب شيء قوله ومن قتل مسلما خطأ
لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة
هذه من مسائل الجامع الصغير وانما وجب الدية والكفارة لان ذلك حكم قتل المؤمن خطأ لقوله
تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله والمستامن لما اسلم صار
من اهل دارنا فصار حكمه حكم سائر المسلمين واما الامام ياخذ ديتهما ويضعها في بيت المال لعدم
الوارث اما اذا كان القتل عمدا فالامام بالخيار ان شاء قتل القاتل وان شاء اخذ الدية اذا رضي

القاتل

القاتل بالدية وليس له ان يعفو اما وجوب القصاص فلقوله عليه الصلاة والسلام السلطان
ولي من لا ولي له فاذا كان السلطان وليا له اخذ القصاص واما الصلح على الدية فلما روي
ان عمر بن الخطاب لما قتل تراءى عبيد الله بن عمر هرمزان وفي يده خنجر فظن انه هو الذي
قتل عمر فقتله فلما ولي عثمان بن عفان قال علي بن ابي طالب لعثمان اقتل عبيد الله فقال
عثمان قتل ابوه بالامس وانا اقتله اليوم لا افعل ولكن هذا الرجل من اهل الارض يعني
ان هرمزان من اهل الحرب وانا وليه فاعفو عنه واودي ديته ولان الدية انفع
للعامة من القود والحق للعامة والامام كالنائب عنهم فكان له ان يصالح على الدية
وليس له ان يعفو بغير شيء لانه اصطلاح بالمعروف في حق غيره وليس له ذلك وانما له ولاية
بطريق النظر ولا نظر في ابطال حق الغير بغير شيء واما اذا كان المقتول لقيطا
فقتله الملتقط او غيره خطأ تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه
لما قلنا واذا كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف الدية عليه في ماله ولا اقتله به من قبل اني لا اعرف له وليا كذا ذكر الحاكم
الشهيد في الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وجه قول ابي يوسف
انه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه اى ان كان ابن رشدة وكالام ان كان ابن زنية فاشتبه
من له حق القصاص فلا يستوفى ووجه قولهما قوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي
من لا ولي له فيكون للسلطان قتله لان اللقيط لا ولي له لان وليه مجهول والمجهول وجوده
وعدمه سواء ولانه لا ينتفع برايه فيستوفى قوله ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له يعني
ان الدية على عاقلته للامام على معنى انه له ان ياخذها ويضعها في بيت المال لا انه يكون
ملكا له قوله هو القود عينا اى القصاص معينا **باب العشر والخراج** لما ذكر ما يجب به
على الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر ايضا بطريق التبعية لان
سبب كل منهما الارض النامية وقدم العشر في الذكر لانه من الوظائف الواجبة على المسلمين
وفيه معنى القربة فكان سبقه احق قوله ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب
الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهي ما بين العذيب الى عقبة
حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان وهذه من مسائل القدوري قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره ارض العرب كلها ارض عشر وهي ارض الحجاز وتهامة ومكة

واليمن والطايف والبرية اعلم ان حد ارض العرب من اول العذيب والقادسية الى حجر
باليمن بمهرة طولا ومن يبرين والدهنا ورمل عالج الى مشارف الشام عرضا ومشارف
الشام قراها وهي كلها ارض عشر لان النبي صلعم والخلفاء الراشدين بعده لم ياخذوا
من ارض العرب الخراج والارض لا تخلو من احد الحقين فدل على انها عشرية ولان الخراج
بمنزلة الفيء من حيث انه لا يبتدأ به المسلم فلا يجوز وضع الخراج في ارضهم كما لا يجوز وضعه
في رقابهم ولان شرط وضعه اقرار اهل الارض عليها على الكفر ولا يقر العرب على الكفر لانه
لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر وضع الخراج على السواد كله حين افتتح عنوة
على يدي سعد في خلافته وكذا وضعه على مصر حين افتتحت صلحا على يدي عمرو بن العاص
وكذا وضعه على الشام حين افتتح عمر بن الخطاب بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحا
دون اراضيها واما اراضيها ففتحت عنوة على يدي يزيد ابن ابي سفين وشرجيل بن
حسنة وابي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد فاما اجنادين من الشام فقد افتتح صلحا في
خلافة ابي بكر ثم اعلم ان المراد من السواد المذكور سواد الكوفة وهو سواد العراق وحده من
العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث الى عبادان طولا وما قيل من الثعلبية
الى عبادان خلط لان الثعلبية من منازل البادية بعد العذيب بكثير واما سواد البصرة
فالاهواز وفارس والبصرة نفسها عشرية باجماع الصحابة ذكره الامام ابو اسحق الفارسي
القاضي المعروف بالاصطخري في كتاب المسالك والممالك واما العراق فنهاية الطول من
تكريت الى عبادان على بحر فارس وفي العرض سواد الكوفة من القادسية الى حلوان
وعرضها بواسط من واسط الى قريب الطيب وعرضها بالبصرة من البصرة الى
حد ودجي بيان اللغات اما العشر فهو احد الاجزاء العشرة والخراج اسم ما يخرج من غلة
الارض او الغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى
اهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية كذا ذكر المطرزي ومهرة قبيلة من اليمن اليها ينسب الابل
المهرية كذا في ديوان الادب والعذيب اسم ماء لتميم والعلث بالعين المهملة المفتوحة واللام
الساكنة قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة وهو اول العراق وعبادان حصن صغير على
شط البحر وباقي البيان مر في باب زكوة الزروع قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم
لها وتصرفهم فيها اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ان الامام اذا افتتح بلدة

عنوة

عنوة فله ان يقر اهلها عليها ويضع الخراج عليها والجزية على رقابهم لكن يضع الجزية عليهم اذا لم
يسلموا ويضع الخراج على الاراضي اسلموا او لم يسلموا كما فعل عمر بسواد العراق فلما جاز
اقرارهم على اراضيهم كانت ملكا لهم يتصرفون فيها كيف شاؤا بيعا وغيره وذلك وقد مر
تمام التقرير في اول باب الغنائم وبنظرائه واليه اشار في المتن بقوله وقد قررناه من قبل
وقال الشافعي يقسمها ويخمسها ولا يقر اهلها عليها والجزية عليه فعل عمر رده حين فتح العراق
بحضرة الصحابة من غير نكير وقد مر الجواب عن انكار بلال في اول باب الغنائم فان قلت
المنقول لا يجوز فيه ترك القسمة فينبغي ان لا يجوز ذلك في غير المنقول ايضا لان كلا منهما مال الغنيمة
وفي ترك القسمة يلزم الضرر بالغانمين قلت ليس في ترك القسمة في المنقول منفعة عائدة
الى المسلمين فلم يجز بخلاف تركها في غير المنقول حيث يكون فيه منفعة تعود الى المسلمين
وهي الخراج فجاز ترك القسمة في الارض كما في الرقاب قال وكل ارض اسلم عليها اهلها
او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر اي قال القدوري في مختصره
ومعنى عنوة قهرا وقسرا وانما كان العشر فيها لان الحق المتعلق بها ابتداء بالمسلم
فكان الاليق بحاله العشر لان فيه معنى العبادة بخلاف الخراج فانه ليس فيه معنى العبادة
ولان العشر اخف من الخراج لان العشر لا يجب ما لم يوجد الخارج تحقيقا بخلاف الخراج
فانه يجب بالخارج تقديرا ايضا بالتمكن من الزراعة وكذلك المسلم اذا اتخذ داره كرما
او بستانا فهي عشرية اذا كانت لا يسقى بماء الخراج فاما اذا كانت تسقى بماء الخراج فهي خراجية
وكذلك المسلم اذا احيى ارضا ميتة باذن الامام وهي تسقى بماء السماء او بماء العيون المستنبطة
باذن الامام في ارض ميتة فهي ارض عشرية وكذلك اذا كانت تسقى من نهر ياخذ من الانهار العظام
العشرة وغيرها او قناتها فهي عشرية ولو كانت تسقى بنهر شق لها من انهار الاعاجم
التي لم تكن لاحد كجيحون والفرات ودجلة وغيرها ففيه روايتان في رواية عشرية و
في رواية خراجية وذكر الكرخي في مختصره انها عشرية كذا ذكر في شرح الطحاوي قال وكل
ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم وذلك لان حق
المتعلق بها ابتداء الكفر والخراج التوبة لان فيه معنى العقوبة ولان فيه تغليظا وهو
بالتمكن من الزراعة وكان القياس على هذا ان تكون مكة خراجية لانها فتحت عنوة و
اقر اهلها عليها على ما مر بيان ذلك في اول باب الغنائم لكن لما لم يوظف رسول الله صلعم

عليها الخراج استبوت عشرية وكذلك المسلم اذا احيى ارضا ميتة وهي تسقى من نهر من انهار
الخراج فهي خراجية وكل ارض تسقى من عين او نهر او قناة او بئرا ستنبط من مال بيت المال
فهي ارض الخراج وكذلك الذمي اذا احيى ارضا ميتة او رضخ له الامام ارضا من الغنيمة
وقد كان قاتل مع المسلمين او اتخذ داره كرما او بستانا فهي خراجية كذا في شرح الطحاوي
وقد مر بيان الذمي اذا اشترى ارضا عشرية في باب زكوة الزروع والثمار وبيان اراضي
العشري والخراجي من في ذلك الباب اعلم ان فتح السواد والشام والمصر قد بيناه قبل هذا
واما خراسان ومرو رود فكان فتحها في خلافة عثمان ابن عفان رضي على يدي عبد الله ابن
عامر بن كريز واما ما وراء النهر فانه افتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عثمان بن
عفان في خلافة معوية رضي سمرقند وكش ونسف وبخارى وبعد ذلك على يدي المهلب بن
ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فان ابا موسى افتتحها في ولاية عثمان رضي واما طبر
ستان ففتحها سعيد بن العاص في ولاية عثمان رضي ثم فتحها عمر بن العلاء والطالقان
ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة واما جرجان فافتتحها يزيد بن المهلب في خلافة
سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين واما كرمان وسجستان فافتتحهما عبد الله بن عامر
في خلافة عثمان رضي واما الجبل فافتتح كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند على يدي سعيد
والنعمن بن مقرن واما الاهواز وفارس واصبهان فافتتحت عنوة لعمر على يدي ابي موسى
وعثمان بن ابي العاص وعتبة بن فرقد وكانت اصبهان على يدي ابي موسى خاصة و
اما الجزيرة فانها فتحت صلحا على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة
والموصل من الجزيرة واما هجر فانهم ادوا الجزية الى رسول الله صلعم وكذلك دومة الجندل
واما اليمامة فافتتحها ابو بكر واما ارض الهند فافتتحها القسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث
وتسعين كذا ذكره الفقيه قوله وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار
العادية ولفظ محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كل ارض فتحت عنوة بالقتال والحرب فصار
ارض خراج وكل ارض يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وكل شيء لم يصل اليها ماء الانهار
واستخرج فيه عين فهي ارض عشر وكل الارض التي اسلم اهلها فهي ارض عشر وهذه الجملة من
كتاب الزكوة في الاصل وتفسيره ما ذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قوله
وكانت البلدة خراجية فاحيى رجل في بعض النواحي فان سقاها من عين استنبطها

ادمن

او من ماء السماء فهي عشرية وان سقاها من الانهار الصغار فهي خراجية وان سقاها من
الانهار العظام فقد روي عن محمد في هذا روايتان في رواية ابي سليمان تكون خراجية ويجعلها
تابعة للبلدة وفي رواية هشام عن محمد تكون عشرية لان هذا مباح فصار كالسماء الى هنا
لفظ الفقيه والاصل في هذا ان العشر والخراج يتعلقان بالارض النامية ونماؤها
بالماء فلهذا اعتبر الماء العشري والخراجي سواء اقر عليها اهلها او قسمت بين الغانمين
قوله ومن احيى ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض
الخراج ومعناه يقرب منها فهي خراجية وان كان من حيز ارض العشر فهي عشرية وهذه
الى اخر مسائل القدوري والمراد من قوله ومن احيى ارضا المسلم فان الذمي اذا احيى ارضا
فانها تكون خراجية على ما ذكرنا من رواية شرح الطحاوي قبل هذا ثم اعلم ان ابا يوسف
يعتبر بالاحياء الارض بالحيز فان كان الحيز خراجيا يجعلها خراجية وان كان عشريا
يجعلها عشرية وان كان القياس على هذا ان تكون البصرة عنده خراجية لكونها من
حيز ارض الخراج وان احياها المسلمون الا ان القياس ترك باجماع الصحابة على
وظيفة العشر عليها وقال محمد ان احياها بعين استنبطها او ببئر حفرها او بماء
دجلة او الفرات او الانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا اذا احياها
بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي حفرها الاعاجم كنهر الملك ونهر يزدجرد
فهي خراجية ووجه قول ابي يوسف ان حيز الارض له حكم الارض الا ترى ان احياها
قرب من العامر لا يجوز لكونه في حكم العامر وهذا يعطي الفناء الدار حكم الدار في الانتفاع
به لصاحبها وان لم يكن الفنا مملوكا له فلما كان كذلك وجب اعتبار الارض المحياة
بالحيز خراجيا كان او عشريا ووجه قول محمد ان النماء للارض يحصل بالماء فيعتبر الماء
وقد مر تقريره ولان الخراج لا يوضع على المسلم ابتداء كرها لان فيه معنى العقوبة
فيعتبر الا لانه اذا زرع بالانهار المملوكة صار ذلك دليل التزام الخراج فتكون
الارض خراجية قوله ومعناه يقرب منها اي معنى قول القدوري بحيزها يقرب منها قال
في ديوان الادب الحيز الناحية وجمعه احياز جمع على لفظه واصله من
الواو وقال في المجمل لغتان حراز قوله والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة
اي عند ابي يوسف وهذا جواب عما يرد عليه من السؤال وقد اندرج بيانه فيما قلنا

الغاو قوله مثل نهر الملك ونهر يزدجرد ونهر الملك قريب من بغداد على طريق الكوفة والمراد من الملك
كسرى انوشروان بن قباذ وكان جميع ملكه سبعا واربعين سنة وسبعة اشهر وكسرى
ابرويز من اولاده هو ابرويز بن هرمز بن كسرى انوشروان وقام على الملك ثمانيا وثلاثين
سنة واما يزدجرد بن شهريار بن كسرى ملكه هو ابن خمس عشرة سنة ثم لما قتل رستم في قتال
سعد ابن ابي وقاص بالقادسية هرب يزدجرد الى مرو في طريق سجستان فقتل هناك
وكان جميع ملكه عشرين سنة ورايت في بعض كتب التواريخ ان يزدجرد بن شهريار بن
ابرويز اخر ملوك العجم ولم يزل منهزما من اصحاب رسول الله صلعم الى خراسان والى بلاد
الترك وعاد فقتل بمرو وكان ذلك في سنة احدى وثلاثين في خلافة عثمان رضي الله عنه
قوله والخراج الذي وضعه عمر في اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو
الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل
المتصل عشرة دراهم وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان القفيز الواجب في الخراج
مطلق عن قيد الهاشمي والحجاجي في اكثر نسخ الفقه كالكافي للحاكم الشهيد والشامل
وشرح الطحاوي وشرح الجامع الصغير للفقيه ابي الليث وفخر الاسلام البزدوي
وغير ذلك وقال الولوالجي في فتاواه القفيز هو الحجاجي وهي ثمانية ارطال وهو صاع رسول
الله صلعم وانما نسب الى الحجاج لانه اخرجه بعدما فقده وانه يسع ثمانية ارطال او هي ان
اساد في قول ابي يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وكذلك قال في خلاصة الفتاوى قلت هذا
هو الصحيح لان ذكر محمد في اوايل كتاب الخراج من الاصل مما كان من ارض الخراج من عامر او غامر مما
يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة او
ابواره ولم يزرعه كله سواء وفيه كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز الحجاجي قفيز
الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان في عهد النبي صلعم ثمانية ارطال الى هنا
لفظ محمد في الاصل ولان الحجاج كان يمن على اهل العراق بصاع عمر وصاع عمر هو صاع النبي صلعم
فاذا كان صاع عمر هو صاع الحجاج الذي هو صاع رسول الله صلعم فكيف يقدر عمر الخراج بالصاع
الهاشمي الذي ليس صاع رسول الله صلعم وهذا قال ابو يوسف في كتاب الخراج ابو حنيفة حدثني
السري عن الشعبي ان عمر ابن الخطاب فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل ارض يبلغها
الماء عملت او لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع الى هنا لفظ ابي يوسف في

كتاب

كتاب الخراج فعلم ان فيما ذكره صاحب الهداية والنافع مقيدا بالهاشمي نظرا والصاع الهاشمي
اثنان وثلاثون رطلا وقد مر بيان ذلك مستوفى في باب صدقة الفطر والمراد من القفيز الموجب
قفيز مما يزرع كذا ذكر في شرح الطحاوي وقال الامام ظهير الدين ان قفيزا من حنطة او
شعير والمراد من الدرهم درهم بوزن سبعة وبيان ذلك مر في كتاب الزكوة والاصل في
توظيف الخراج ما روي عن عمر ابن الخطاب انه بعث حذيفة ابن اليمان وعثمان بن حنيف
الى سواد الكوفة وامرهما ان يضعا عليه الخراج فوضعا على كل جريب من المزارع قفيزا و
درهما وعلى كل جريب من الرطاب خمسة دراهم وعلى كل جريب من الكرم عشرة دراهم فلما
رجعا قال لهما لعلكما حملتماها ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لها لا
طاقت قال ابو يوسف في كتاب الخراج وكان عثمان عاملا على شط الفرات وحذيفة على ما وراء
دجلة من جوخى وما سقيت قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما كان هذا رسما
وظيفة عن مصادر حكم شرعيا لانه كان بحضرة الصحابة من غير نكير فعلم بهذا ان الخراج نوع
بقدر الطاقة فيعتبر ذلك فيما لم يرد فيه الاثر كالبستان من ارض الخراج وكذلك ارض
الزعفران وقالوا البستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وبيان قدر
الجريب وخراج المقاسمة مر في باب زكوة الزروع والثمار وسنفسر ثمه وحذيفة بن اليمان
هو حذيفة بن حسيل بن جابر بن ربيعة بن عمرو بن اليمان وانما قيل حذيفة اليمان العبسي
حليف بني عبد الاشهل تكنى ابا عبد الله سكن الكوفة وتوفي بالمدينة سنة ست وثلاثين
وقد جاء نعي عثمان كذا قال ابن شاهين وقال القتبي في كتابه عن الحسين انه قال كان حذيفة
كان رجلا من بني عبس فخيره رسول الله صلعم فقال ان شئت كنت من المهاجرين
وان شئت كنت من الانصار قال من الانصار قال وانت من الانصار ولحذيفة
عقبت من الانصار ولم يدرك الجمل وكان الجمل لعشر ليال خلون من جمادى الاولى سنة ست
وثلاثين وعثمان بن حنيف من اكابر الصحابة ابيض وهو اخو علي ابن ابي طالب الذي
اخى رسول الله صلعم بينه وبين علي مات في خلافة معاوية وله عقب وقد شهد احدا
والمشاهد كذا ذكر ابن شاهين في كتاب المعجم قوله حتى يمسح بمعنى كي يمسح اي يذرع قوله
ووضع على ذلك ما قلنا كذا ثبت في النسخ وكانه سهو من الكاتب لان قياس التركيب
ان يقال ووضع ذلك على ما قلنا اي وضع الخراج على الوجه الذي قلنا في جريب الزرع

وجريب الرطبة وجريب الكرم والرطبة اسم للقضيب خاصة ما دام رطبا كذا في المغرب والجريب
ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون ذراعا بذراع الملك كسرى تزيد على ذراع
العامة بقبضة وهي ست قبضات وذراع الملك سبع قبضات كذا في المغرب قوله ولان
المؤن متفاوتة هي جمع مؤنة يعني ان تفاوت المؤن لها اثر في تفاوت الواجب الا ترى
ان الواجب فيما سقي سيحا من الارض العشرية هو العشر وما سقي بغرب او دالية او
سانية نصف العشر فلما ثبت هذا قلنا لما كان مؤنة الكرم اخف وريعه اكثر كان الواجب
فيه اعلى وهو عشرة دراهم وهذا لانه يبقى وهو ان مد بدا مع قلة المؤنة ومؤنة الزرع
اثقل فجعل الواجب فيها ادنى قفيز ودرهم وهذا لان الزرع يحتاج الى الكراب والقاء البذر
والحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة ومؤنة الرطاب بين بين لانه لا يحتاج الى القاء
البذر كل عام ولا تنذر به فيها اصلا وتدوم اعواما لكن ليس كدوام الكرم فكان
الواجب فيما بين الامرين وهو خمسة دراهم قوله قال وما سوى ذلك من الاصناف
كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة اي قال القدوري في
مختصره يعني ما سوى جريب الزرع وجريب الرطبة وجريب الكرم يوضع الخراج
فيه بحسب الطاقة ففي ارض النخيل الملتفة يجعل عليها الخراج مقدار ما تطيق
ولا يزاد على جريب الكرم وفي جريب الزعفران بقدر ما تطيق ايضا وينظر الى
غلتها فان بلغت غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع وان بلغت غلة الرطبة يؤخذ
خمسة وقد مر مرة في باب زكوة الزروع وانما اعتبرت الطاقة لان الاثر نطق
بما قال فخر الاسلام البزدوي وانما تنتهي الطاقة الى نصف الخراج لا يزاد عليه
الا ترى انه قال في كتاب العشر والخراج والسير الكبير في ارض تخرج من الغلة الاقدر
قفيزين ودرهمين وهي جريب ان خراجها قفيز ودرهم وهذا لانا نقول لما ظفرنا
بهم وسعنا ان نسترقهم ونقسم اموالهم واذا مننا عليهم وقاطعناهم بنصف الخراج كان
التنصيف هو الانصاف بعينه حيث كان النصف لنا والنصف لهم قوله قال فان
لم تطق ما وضع عليها نقصها الامام اي قال القدوري في مختصره وفي بعض النسخ
لم يثبت لفظ كان وليس بصحيح فهو زايد كقوله فما بالهملة مكان اطول ابتها قال في شرح
الجواهر على انها اذا كانت لا تطيق قدر خراجها الموضوع نقص واخذ منها قدر

ما تطيق

ما تطيق وذلك لان المعتبر هو الطاقة بلا خلاف بيانه فيما قال في خلاصة الفتاوى
بقوله فان كانت الارض لا تطيق ان يكون الخراج خمسة دراهم بان كان الخراج لا يبلغ
عشرة دراهم يجوز ان ينقص حتى يصير الخراج مثل نصف الخارج اما اذا كانت
تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجي في فتاواه اجمعوا ان الزيادة على وظيفة عمر في سواد
العراق وفي بلدة وظف الامام عليها الخراج لا يجوز فاما في بلدة اراد الامام ان يبتدي
بالتوظيف قال ابو يوسف لا يزيد وقال محمد رحمه الله عن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف وجه
قول محمد ان النقصان عند قلة الريع جائز فينبغي ان يجوز زيادة التوظيف
عند زيادة الريع ووجه قول ابي يوسف ان عمر لم يزد في التوظيف فلما جاز لزاد
الا ترى قول حذيفة وعثمان بن حنيفة ولو زدنا لاطاقة وقال في المختلف
في خلاف ابي يوسف مع محمد لا يجوز الزيادة على الخراج الموظف بتوظيف الامام وان
اطاقت الارض وقال محمد يجوز وهذا يرد دعوة الاجماع من مدعيه وقال شمس
الايمة في شرح الجامع الصغير فان كانت تحتمل الزيادة على هذه الوظيفة اي
وظيفة عمر لا تجوز الزيادة في قول ابي يوسف وعلى قول محمد يجوز الزيادة لان الزيادة
بحسب الريع ولهذا اختلف في ارض الكرم والرطبة الى هنا لفظ شمس الايمة قوله
عند زيادة الريع والريع في اللغة النماء والزيادة واراد به هنا عند زيادة الغلة قوله
فان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع افة فلا خراج عليه هذا لفظ
القدوري في مختصره وهذا لان الخراج متعلق بنماء حقيقي او تقديري بان يكون متمكنا
من الزراعة وهنا لما غلب الماء على الارض بحيث لم تبق صالحة للزراعة او كانت نزه
او جد النماء التقديري فلا يجب الخراج وكذا اذا زرعها فاصاب الزرع افة من الحر او
البرد او نحو ذلك فاصطلمته فلا خراج وهذا لان النماء التقديري اقيم مقام النماء الحقيقي
للتمكن عند عدم النماء حقيقة فلما وجد النماء حقيقة بطل اعتبار النماء التقديري وتعلق
الحكم بالنماء الحقيقي لان ذلك خلف وهذا اصل فبطل الخراج بهلاك الخارج وسلم
بسلامته كما في العشر بخلاف ما اذا عطلها وهو متمكن من الزراعة حيث يكون الخراج دينا
في ذمته لتعلق الخراج بالنماء التقديري الا ترى ان رجلا لو اجر رجلا بيتا او حانوتا
فعطله المستاجر فعليه الاجر فلو لم يتمكن من الانتفاع بان غصبه غاصب او نحو ذلك

لا يجب الاجر وذكر ابو الليث سوالا وجوابا في شرح الجامع له الصغير فقال فان قيل
لو استاجر رجلا ارضا يزرعها فاصطلم الزرع آفة فانه يجب عليه الاجر قبل الاجر
يجب الى وقت هلاك الزرع ولا يجب عليه بعد ذلك وليس الاجر بمنزلة الخراج لان الخراج
وضع على مقدار الخراج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم تخرج شيئا جاز اسقاطه والاجر
لم يوضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم تخرج قال الولوالجي وخراج الوظيفة والمقاسمة
لا يسقط بهلاك الخارج بعد الحصاد لانه واجب في الذمة بسبب الخارج وقبل الحصاد
يسقط لانه غير واجب في الذمة بخلاف الزكوة لانها واجبة في المال لا في الذمة وقال
في الفتاوى الولوالجي ولو عجز رجل عن زراعة ارضه وهي خراجية دفعها الامام الى من يقدر
على زراعته ويأخذ منه الخراج ويدفع الفضل الى رب الارض بعد حصة المزارعة
وكذلك النخيل لان في الخراج منفعة عامة المسلمين وانكساره ضرر عامة المسلمين
فجاز دفع ضرر عامة المسلمين باجارة ارضه او بدفعها مزارعة فان لم يجد مستاجرا
او مزارعا باعها ممن يقدر على خراجها يقال اصطلم الزرع آفة اي استاصلته قوله وان
عطلها صاحبها فعليه الخراج وهذا ايضا لفظ القدوري وبيانه انه لزمه فيما قلنا
قوله قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه الخراج الاعلى اي قال
مشايخنا في شروح الجامع الصغير قال الصدر الشهيد في شرح جامع الصغير ومن
اصحابنا من قال فيمن له ارض الزعفران فزرع فيها الحبوب فترك الزعفران من غير عذر لو وضع
عليه خراج الزعفران لانه هو الذي ضيع ذلك فصار كالذي عطل ارضه وكذا من انتقل
الى اخس الامرين من غير عذر بان كان كرما مثلا فقلعها وزرع فيها الحبوب يؤخذ منه خراج
الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا هو الذي يعرف ولا يفتى به حتى لا يطمع الظلمة
في اموال الناس قال الولوالجي في فتاواه ولو غرس كرما في ارضه كرما ما لم يطعم سنين كان عليه
كل سنة قفيز ودرهم لانه وظيفة هذه الارض قبل الغرس قفيز ودرهم في كل جريب ينبغي
كذلك ما لم يؤخذ منه خراج الكرم وان ادركت خارجا يبلغ قيمته عشرين درهما فصاعدا اخذ
منه عشرة دراهم لانه صار كرما صورة ومعنى قوله ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج
على حاله وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الارض الخراجية تبقى على حالها
خراجية بعد اسلام صاحبها ولا تتغير الى العشر لانه لما وضع على اهل السواد الخراج

ثم اسلموا

ثم اسلموا فيبقى الخراج كما كان ولان الخراج فيه معنى المؤنة والعقوبة فلم يمكن توظيفه على المسلم ابتداء
لمعنى العقوبة وامكن ذلك بقاء لمعنى المؤنة لان المسلم اهل التزام المؤنة قوله ويجوز ان يشتري
المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج وهذا لفظ القدوري قال الحاكم الشهيد في
الكافي ولا يكره للمسلم اذا خراج الارض ولا شراء ارض اهل الذمة وانما جاز شراء الارض الخراجية
من الذمي لانها ملكه فله بيعها كسائر املاكه فلو اشترى المسلم منه سائر املاكه جاز فكذا هنا واما
وجوب الخراج على المسلم فلان فيه معنى المؤنة فاعتبر المؤنة في حالة البقاء وهو معنى قوله
لما قلنا لان المسلم اهل لالتزام العقوبة عليه اذا تقرر سببها كما عرف في سائر الحدود وقد
تقرر هنا سبب الخراج وهو الارض النامية فيبقى الخراج وظيفة للارض بعد انتقالها
الى المسلم ولانه يجوز ان يجب على المسلم بالتزامه ما لا يجب عليه ابتداء كما اذا تكفل
بجزية ذمي وهنا لما اشتروها من الذمي صار ذلك دليلا لالتزام وقد روي ان جماعة
من الصحابة اشتروا ارض الكوفة ارض الخراج فادوا خراجها فصار ذلك دليلا على جواز الشرى
من غير كراهة وعلى لزوم الخراج على المسلم قوله فدل على جواز الشرى واخذ الخراج وادائه
للمسلم فلو قال صاحب الهداية من المسلم كان اولى فافهم قوله ولا عشر في الخارج
من ارض الخراج وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي يجب فيها العشر
والخراج له ان العشر والخراج حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين في محلين مختلفين
لا منافاة بين الحقين فيجبان جميعا اما اختلاف الحقين فظاهر لان الخراج قفيز
ودرهم موظف بلا قفيز والعشر احد الاجزاء العشرة من الخارج واما اختلاف
السببين فلان العشر يجب بسبب الخارج تحقيقا والخراج به تقديرا واما
اختلاف المحلين فان محل العشر الخارج ومحل الخراج الذمة ولنا ما روى ابو حنيفة عن
حماد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله قال لا يجتمع عشر وخراج ولم ينقل عن احد
من ائمة العدل ولا من ائمة الجور الجمع بينهما فمن جمع خالف الاجماع فلا يجوز ولان
سببهما واحد وهو الارض النامية بدليل اضافة العشر والخراج اليها والاضافة
دليل السببية على ما عرف بيانه في شرح الاصول فلما كان السبب واحدا كان المسبب احدهما
من غير جمع بينهما كالدية والقصاص ولان الارض اذا فتحت عنوة وقهرا يجب فيها الخراج
بأثر القهر والكره واذا اسلم عليها اهلها طوعا يجب العشر والطوع والكره يتنافيان

فلا يجتمع العشر والخراج قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وكذلك الاخذ والضمان
لا يجتمعان سند نار الحد والعتق لا يجتمعان والجلد والنفي لا يجتمعان وكذلك الرجم مع
الجلد وزكوة التجارة مع صدقة الفطر كل ذلك لا يجتمعان وعنده يجتمعان الا
الجلد والرجم فان فيهما اتفاقا قوله وهو الارض النامية الضمير راجع الى السبب
قوله يعتبر في العشر اي يعتبر النماء قوله ولهذا يضافان اي ولاجل ان السبب هو
الارض النامية يضاف العشر والخراج الى الارض فيقال عشر الارض وخراج الارض
قوله وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما اي الزكوة لا تجتمع مع العشر او الخراج عندنا
خلافا للشافعي صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج بنية التجارة لم يكن عليه
زكوة التجارة وعن محمد ان عليه الزكوة مع احدهما وهو قول الشافعي صورته
رجل اشترى لان العشر وجب الزكوة الارض المعدة للتجارة ولا منافاة
ولنا انه لا يجتمع بين الامرين لو جاز يلزم ان يجب بسبب واحد وهي الارض النامية
حقان كما في زكوة السوم مع زكوة التجارة ثم لما لم يجز جمع الزكوة مع احدهما
لزم فيها اما العشر واما الخراج دون الزكوة لان وظيفة العشر او الخراج لا
تتوقف دون الزكوة لانها لا تجب في الارض الا اذا وجدت نية التجارة وكان
العشر او الخراج اسبق وكان بالترجيح احق قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في
سنة قال في الشامل في قسم المبسوط لا يؤخذ خراج الارض في السنة الا مرة وقال
الحاكم في الكافي ولا يؤخذ خراج الارض في السنة الا مرة وان اغلها صاحبها مرات
والقدرة في هذا الباب عمر رضي الله عنه لانه لم يوجب الخراج مكررا وينبغي ان يكون
هذا في الخراج الموظف لا في خراج المقاسمة لان خراج المقاسمة حكمه حكم العشر ويكون
ذلك في الخارج كذا قال في شرح الطحاوي فلما كان حكمه حكم العشر والعشر يجب في
كل خارج فكذلك خراج المقاسمة

باب في الجزية

لما فرغ عن ذكر خراج الارض
شرع في خراج الرؤس وهو الجزية وقدم خراج الارض لقوته لانه يجب في ارض
الكفار اذا فتحت اسلموا او لم يسلموا وخراج الراس لا يجب بعد الاسلام
او لانه ذكر في باب المتقدم العشر والخراج والعشر متقدم على خراج الراس
لان فيه معنى القربة وهو ابلغ مما يبتدأ به على المسلم فقدم بخراج الارض ايضا

لان

لان سببهما واحد وهو الارض النامية قوله وهي على ضربين اي الجزية وهذه من المسائل التي ذكر
لفظه في مختصره والجزية على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما
يقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب على الكفار واقرهم على املاكهم
فيضع على الغني الظاهر الغناء في كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر
اربعة دراهم وعلى المتوسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير
المعتمل اثني عشر درهما هذا لفظه في مختصره والاصل في جواز الجزية قوله تعالى قاتلوا
الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون
دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قلت
الكفر معصية فكيف اخذ البدل على تقرير المعصية قلت لا نسلم ان الجزية بدل عن
تقرير الكفر بل هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق او هي عقوبة على الكفر فجاز كالا
وهذا ليس بمعقول ولانها عوض عن قتل واجب فجاز كاسقاط القصاص بعوض ثم
تتفاوت الجزية على حسب تفاوت الطبقات مذهبنا وقال مالك الجزية اربعة
دنانير على اهل الذهب واربعون درهما على اهل الورق وقد روي ذلك عن عمر كذا
قال فخر الاسلام وعند الشافعي دينار او اثنا عشر درهما يستوي في ذلك الغني والفقير
لما روى صاحب السنن عن معاذ ان النبي صلعم لما وجهه الى اليمن امره ان ياخذ
من كل حالم يعني محتلم دينارا او عدله من المعافري ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن
عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر ابن الخطاب وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن
حنيف الى السواد فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات
على ما قلنا فلما رجعا الى عمر اخبراه بذلك وكان بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل
الاجماع ثم بعد ذلك عمل عثمان كذلك ثم علي كذلك ولا يقال انه كان بالتراضي او الصلح
لان الكلام في الثانية وكلامنا فيما اذا وظف عليهم بلا رضاهم لانا لا نقول لا نسلم لان السواد
فتح عنوة لا صلحا والمعول ان الجزية يبتذل به الكافر فوجب فيه التفاوت كما في خراج
الارض والجواب عن حديث الشافعي فنقول ذاك ليس بحجة علينا لان اهل اليمن كانوا
اهل فاقة فعلى العسر عندنا اثني عشر درهما ودينار لهم في ذلك الوقت كان اثني
عشر درهما يدل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح عن ابن عيينة عن ابن ابي نجيح

قلت لمجاهد ما شان اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك
من قبل اليسار قلت هذا هو الوجه الصحيح في معنى حديث معاذ وقد قال بعض اصحابنا
هو محمول على ما وقع الصلح عليه الا ترى انه قال في رواية خذ من كل حالم وحالمة دينارا
ولا يجب على النساء الا من قبل الصلح واما الجزية التي تقع بالصلح فيعتبر فيها التراضي فكل ما وقع
عليه التراضي يوخذ ذلك لا غير ولا يغير مثل ما اذا فتح الامام قرية من قرى اهل الحرب و
من عليهم وصالحهم من جماجمهم واراضيهم على وظيفة معلومة من الدراهم او الدنانير كما
صالح رسول الله صلعم اهل نجران على الحلل ونجران بلاد اهلها نصارى كذا في الصحاح والمغرب
والحلة ازار ورداء كذا قالوا وقال صاحب الهداية صالحهم على الف ومائتي حلة وقال
الولوالجي في فتاواه يوضع على نصارى نجران على رؤسهم واراضيهم في كل سنة الفا حلة جزية
درهمي الف في صفر والف في رجب يقسم ذلك على رؤسهم واراضيهم فما اصاب الرؤس يكون جزية
وما اصاب الارض يكون خراجا وهذا الذي ذكره الولوالجي هو الصحيح لموافقته الحديث
الا ترى ان كل حلة خمسون درهما وذلك لان صاحب السنن ذكر باسناده عن ابن عباس قال
صالح رسول الله صلعم نجران على الفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب قال ابو يوسف
في كتاب الخراج وهذه الحلل المسماة هي الفا حلة على اراضيهم وعلى جزية رؤسهم يقسم على رؤوس
الرجال الذين لم يسلموا على كل ارض من اراضي نجران وان كان بعضهم قد باع ارضه او
بعضها من مسلم او ذمي او تغلبي والمراة والصبي في ذلك سواء في اراضيهم واما جزية رؤسهم
فليس على النساء والصبيان وقال ابو يوسف في كتاب الخراج وابو عبيد في كتاب الاموال في كتاب
النبي صلعم الى اهل نجران بعد ان قال على الفي حلة كل حلة اوقية او قيمتها اوقية كذا فسر
ابو عبيد ثم اعلم انه لما وقع الصلح مع بني تغلب وهم قوم من نصارى العرب بقرب الروم وهذه
صالحهم عمر خوفا من ان يلحقوا بالروم على ان يوخذ من اموالهم العشر قال في شرح الطحاوي و
الاراضي التي وقع عليها الصلح لا يتغير حكمها بالمالك لان المضعف فيها بمنزلة الخراج والخراج
لا يتغير فكذلك هذا ثم اعلم ان المشايخ تكلموا في معرفة الطبقات المذكورة قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر عن عيسى بن ابان انه قال من كان له عشرة الاف
درهم فصاعدا فهو موسر ومن كان له مائتا درهم فهو متوسط ومن كان له معتملا فهو
مكتسب وذكر عن بشر بن غياث انه قال من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو

موسر ومن كان بقدر سوى مبقات القوة ولا يملك الفضل وله مقدار الكفاية فهو الوسط ومن لم يكن
له مقدار الكفاية فهو مكتسب وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان
ان يختلف في الغنا الا ترى ان صاحب خمسين الفا يبلغ من المكثرين وان كان ببغداد والبصرة
لا يعد من المكثرين وفي بعض البلدان صاحب عشرة الاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل
بلدة وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام ايضا وذكر عن عمر بن الخطاب انه كان ياخذ من يركب
البغال ويتختم بالذهب ثمانية واربعين درهما الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث في كتابه وقال
في الاسلام من ملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا ولكنه معتمل فيه فعليه اثنا عشر ومن
ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة الاف وهو معتمل ايضا فعليه اربعة وعشرون ومن
ملك عشرة الاف فصاعدا الى ما لا يتناهى وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون قال
وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم
جزية وان كان مفرطا في اليسار قال المعتمل الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة قوله عليه الصلاة
والسلام خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر وفي الرواية الصحيحة في كتب الحديث
لم يذكر الحالمة وقيل المراد كل من بلغ وقت الحلم احتلم او لم يحتلم كذا ذكر صاحب الفائق ولفظ غريب السنن
او عدله من المعافري بياء النسبة وقد قدمناه وفي السنن الحالم بالمحتلم وذكر القتيبي في
الحديث او عدله من المعافر بلا ياء النسبة وقال فيه البرود المعافرية منسوب الى معافر
من اليمن بفتح الميم والعامة بضمها وقال في الجمهرة المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب اليه
الثياب المعافرية ثم قال وقال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو عنده خطا وقال
في المجمل معافر حي من همدان اليه تنسب الثياب المعافرية وقال القتيبي في حديث ابن عمر انه دخل
المسجد الحرام وعليه برد معافري فسمل الناس اليه يسالونه اي قاموا وقال في المغرب ثوب
معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار اسما بغير نسبة وعدل الشيء بالفتح مثله من
غير جنسه وعدله مثل جنسه ومعنى قوله او عدله من المعافر اي مثل الدينار من البرود
الذي اسمه معافر او من غير فصل اي بين الغني والفقير وهذا المعنى ينتظم الفقير
والغني اي وجوب الجزية بل لان القتل يشمل الفقير والغني ولانه وجبت نصرة
للمقاتلة اي الجزية وجبت نصرة وكفاية لمقاتلة المسلمين بمال يوخذ من الذمي فوجب
ان يتفاوت كالخراج والدليل على انها تجب نصرة وكفاية لهم انها نصرة اليهم ولا توضع

موضع الزكوة ومعنى قوله وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالمسلمين ببذل النفس والمال
لان كل من كان من اهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا ايها
الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل
الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لا يصلح لنصرتنا لكونه عدوا لنا فان
لانه يميل الى دار الحرب اعتقادا فاقام الجزية المأخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة
بالنفس في النصرة من المسلم تتفاوت اذ الفقير يتصور راجلا ووسط الحال يتصور
راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه والاركاب لغيره في الاصل فكان متفاوتا فكذا
الخراج الذي قام مقامه فلما كان الخراج الذي وجب بدلا عن النصرة متفاوتا تفاوت
الجزية ايضا لانها بدل عن النصرة ايضا كالخراج قوله بكثرة الوفر والوفر في اللغة المال الكثير
واراد هنا مطلق المال فلو قال بكثرة المال كان اولى قوله وما رواه الشافعي اراد به قوله
عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم دينارا وبيانه موجوه قوله وتوضع الجزية على
الكتاب والمجوس هذا لفظ القدوري في مختصره اما اهل الكتاب فيجوز ضرب الجزية عليهم
مطلقا سواء كان من العرب او من العجم فلاجل هذا ذكر اهل الكتاب مطلقا حتى يشمل النوعين
والاصل فيه قوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية واما المجوس فكان عمر
شك في اخذ الجزية واراد ان لا ياخذها منهم لانهم ليسوا من اهل الكتاب فقال عبد
الرحمن ابن عوف سمعت رسول الله صلعم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب قال في السنن
قال ابن عباس فاخذ الناس بقول عبد الرحمن ابن عوف يعني في قبول الجزية من المجوس
وقال البخاري في الصحيح ولم يكن عمر اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف
ان رسول الله صلعم اخذها من مجوس هجر وقال ابو يوسف في كتاب الخراج حدثنا بعض المشيخة
عن جعفر بن محمد عن ابيه قال ذكر لعمر ابن الخطاب قوم يعبدون النيران ليسوا
يهود ولا نصارى ولا اهل كتاب فقال عمر ما ادري ما اصنع بهم فقام عبد
الرحمن بن عوف فقال اشهد على رسول الله صلعم انه قال سنوا بهم سنة اهل الكتاب
الى هنا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج وهجر اسم بلد في البحرين ولان استرقاقهم مع الكفر
جائز استدلالا الى الاسلام فكذلك ضرب الجزية عليهم وهذا بالاتفاق قوله قال وعبدة
الاوثان من العجم اي قال القدوري في مختصره اي وتوضع الجزية على عبدة الاوثان من

العجم

العجم كاينا من كان وعند الشافعي لا توضع عليهم كما لا توضع على عبدة الاوثان من العرب له
ان الاصل قتال لقوله تعالى فاقتلوهم الا انه خص منه اهل الكتاب في وضع الجزية عليهم بنص
الكتاب وخص المجوس بحديث عبد الرحمن فبقي ساير اهل الكفر على الاصل ولنا ما روى محمد
ابن الحسن في الاصل عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن عبد الرحمن بن بريدة عن ابيه قال
كان رسول الله صلعم اذا بعث جيشا او سرية اوصى صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه
واوصاه بمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا بسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من
كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيتم عدوكم من
المشركين فادعوهم الى الاسلام فان اسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم ثم ادعوهم الى التحول من دارهم
الى دار المهاجرين فان فعلوا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم والا فاخبروهم انهم كاعراب
المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المسلمين وليس لهم في الفيء ولا في الغنيمة
نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان ابوا فادعوهم الى اعطاء الجزية فان
فعلوا فاقبلوا ذلك منهم وكفوا عنهم وجه الاستدلال ان الدعاء الى اعطاء الجزية
عام يشمل الوثني من العجم واهل الكتاب منهم بخلاف الوثني من العرب لانه تغلظ
كفره فلم يجز اخذ الجزية منه وسيجيء بيانه بعد ان شاء الله تعالى ولان استرقاق
الوثني من العجم جائز فيجوز اخذ الجزية ايضا كالكتابي وهذا لان كل واحد من الاسترقاق
والجزية فيه سلب النفس معنى اما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا
بلده واما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه ونفقته التي هي سبب حياته فمن تكسبه
فكان اذا كسبه الى المسلمين داره راتبه في معنى اخذ النفس منه حكما وهذا المعنى قوله ونفقته
في كسبه والوقوف فيه للحال افافهم فان قلت الجزية ليست كالاسترقاق لان استرقاق المراة
والصبي جائز ولا جزية عليهما قلت ذلك لمعنى اخر وهو ان الجزية بدل عن القتل ولا
قتل عليهما بخلاف الاسترقاق فانه جزاء الكفر الاصلي فان قلت كل من لا يجوز اقراره
على الكفر بضرب الجزية اذا كان غريبا لا يجوز ذلك اذا كان اعجميا كالمرتد قلت لا نسلم ان
القياس صحيح لان المرتد لا يجوز اقراره على الكفر بالاسترقاق ايضا فكذلك بالجزية والعجمي
الوثني يجوز استرقاقه فجاز وضع الجزية قوله وان ظهر عليه قبل ذلك فهم ونساؤهم و
صبيانهم فيء لجواز استرقاقهم قوله لا توضع على عبدة الاوثان من العجم قبل وضع الجزية

اي ان غلب على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل وضع الجزية فهم باجمعهم
فيء اي غنيمة م

العرب ولا المرتدين وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الجزية لا يجوز وضعها
على مشركي العرب وكذا لا يجوز وضعها على المرتدين سواء كانوا من العرب او من العجم اما المشركون
من العرب فانه لا اسلام يعرض على رجالهم فان اسلموا والا قتلوا لقوله تعالى تقاتلونهم او
يسلمون وذلك في مشركي العرب ولما روي عن ابن عباس ان النبي صلعم قال لا يقبل
من مشركي العرب الا الاسلام او السيف كذا ذكر فخر الاسلام في سبب رسول الله صلعم
وشتمه وتكذيبه واذيته فاخرجوه من وطنه كان عقوبتهم اغلظ فلم يجز بقاؤهم على
الكفر بضرب الجزية او الاسترقاق فلم يقبل لذلك الا الاسلام او السيف بخلاف مشركي العجم
لانه لم يوجد منهم اذية رسول الله صلعم فلم يتغلظ كفرهم فجاز اخذ الجزية منهم كالمجوس
فان قلت المجوس كان لهم كتاب فواقع ملكهم فاصبحوا وقد رفع الكتاب عنهم قلت لما
رفع زال حكمه فبعد ذلك لا يكونون من اهل الكتاب على انا نقول قال الله تعالى انما انزل
الكتاب على طائفتين من قبلنا فلو كان للمجوس كتاب لكان على ثلاثة طوائف وعند الشافعي
يجوز استرقاق مشركي العرب قياسا على نسائهم وصبيانهم وجوابه مر واما نساؤهم وصبيانهم
فانما جاز استرقاقهم لان النبي صلعم سبى ذرية اوطاس وسبى ذرية هوازن كذا ذكره
ذلك في شروح الجامع الصغير واما المرتدون فلانهم كمشركي العرب لا تقبل منهم الا الاسلام
او السيف واسترقاق الصحابة نساءهم وصبيانهم وكان ذلك بعد وفاة النبي صلعم
قال فخر الاسلام ان اصحاب النبي صلعم اجمعوا على ذلك في نسائهم وصبيانهم حتى وقع في سهم
علي الحنفية فولد له منها محمد بن الحنفية ولان كفرهم قد تغلظ فلم يقبل منهم الجزية لانهم ارتدوا
بعد الهداية قال ان نساء المرتدين وصبيانهم يجبرون على الاسلام وعشيرة الحبس
ثلاثة ايام او الاسلام وسيجي في باب المرتدين اما صبيانهم فانما يجبرون تبعا لابائهم حيث
يجبر اباؤهم واما نساؤهم فانهن يجبرون لسبق الاسلام منهن بخلاف نساء مشركي العرب
وصبيانهم لانه لا جبر على ابائهم فكذا على صبيانهم لانه لم منهن الاسلام قوله فلا تقبل من الفريقين
اي من فريق عبدة الاوثان من العرب ومن فريق المرتدين قوله ابني حنيفة بنو حنيفة بطن من
العرب وانما سمي حنيفة لانه لقي حذيمة اباه بن عبد القيس فضرب حذيمة حنيفة فحنف
رجله فضربه حنيفة فجذم يده فسمي هذا حنيفة وسمي ذاك جذيمة كذا في جمهرة اللغة وهو
حنيفة ابن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل والحنيفة اخ يسمى اوقص واخ يسمى لهيما

امهم صفية بنت كاهل بن اسد بن خزيمة وله اخ اخر يسمى عجلا امه حذام بنت جسر بن
تيم بن يقدم بن عنزة ولحذام يقول لجيم اذا قالت حذام فصدقوها فان القول ما قالت
حذام كذا قال الكلبي في جمهرة النسب وكانت بنو حنيفة اتخذوا في الجاهلية الها من حيس
يعبدونه دهرا طويلا ثم اصابتهم مجاعة فاكلوه فقيل فيهم اكلت حنيفة ربها زمن التقحم
والمجاعة كذا قال العيني قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام
او السيف زيادة في العقوبة قوله ولا جزية على امراة ولا صبي وهذه من مسائل القدوري
ومسائل صاحب الهداية بقوله لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال بيانه ان الجزية
تجب بدلا عن القتل في حقهم على معنى ان القتل سقط عنهم باقامة الجزية مقامه فلما
لم يقتلوا اعطوا الجزية عوضا عن الحقن الدم او على معنى ان اخذ الجزية يجري مجرى
القتل في حقهم لان كلا منهما عقوبة على الكفر وكان الاصل القتل لقوله تعالى قاتلوا الذين
لا يؤمنون بالله فلما سقط القتل بضرب الجزية قامت مقامه بدلا عنه وتجب بدلا
من القتال نصرة لدار الاسلام في حقنا لان الكافر لما لم يصلح لنصرة دارنا بالبدن لميله الى
اهل الحرب اعتقادا قامت الجزية الماخوذة منه المصروفة الى الغزاة مقام القتال بدلا
منه ثم البدل انما يكون في حق من يكون عليه الاصل كالتيمم يجب على من يجب عليه
الوضوء والاصل وهو القتل او القتال نصرة لا يجب على الصبي والمراة فكذا لا يجب البدل
وهو الجزية اما القتل فلانه لا يجب عليهما لان علة القتل وهي الحراب قد انتفت منهما لضعف
بدنهما وانما قلنا ان العلة هي الحراب بدليل ان الزمن لا يقتل لعدم الحراب وكذا القتال
لا يجب عليهما نصرة لما قلنا من المعنى لعدم صلاحيتهما لذلك وهو المراد من قوله لعدم الاهلية
على ان هذا مؤيد بما روي عن عمر انه فتح سواد العراق ولم يضع الجزية على المراة والصبي قوله
ولا زمن ولا اعمى وكذلك المفلوج والشيخ الكبير وهذا هو المشهور عن ابي يوسف وعنه في رواية
يوضع عليهم اذا كانوا اغنياء لان الغنى هو الاصل في المالي وجه الظاهر ان الجزية بدل عن
القتل او القتال كما بينا انفا ولا يجب ذلك عليهم فلا يجب البدل ايضا وهو المراد بقوله
لما بينا فلو قال يجب قتل من كان منهم ذا راي فيجب البدل ايضا نقول ذلك نادر فلا يعتد به
على انا نقول كلامنا فيما اذا لم يوجد منهم الراي فلم يتحقق القتل فاندفع السوال قال في
الجمهرة زمن الرجل يزمن زمانة وهو عدم بعض اعضائه او تعطيل قواه وبذا فلج اذا ذهب

منصفه فهو مفلوج وقال اهل الطب الفالج استرخا عام لاحد شقي البدن طولا قوله
ولا على فقير غير معتمل هذا لفظ القدوري ايضا والمعتمل الذي يقدر على العمل وان لم
يحسن حرفة وقال اصحاب الشافعي الفقير العاجز عن الكسب يخرج من الدار على قول ويقرر
على قول مجانا ويقود جزيته في ذمته على قول كذا ذكر الغزالي في وجيزهم لنا قوله عليه الصلاة
والسلام لمعاذ خذ من كل حالم دينارا وهو مطلق لا فصل فيه بين الفقير المعتمل
وغيره ولنا ما روي ان عمر ابن الخطاب لما بعث حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف
الى سواد العراق وضعا الجزية على الفقير المعتمل دون غيره في ذلك على محل الاجماع لانه
كان بحضرة الصحابة من غير نكير ولان الخراج لو كان خراج الراس وخراج الارض فبعي الا
يعتبر الطاقة فكذا في الثاني وحديث معاذ محمول على المعتمل توفيقا بين الحديثين فلو قال
جاز استرقاقه فيجب ضرب الجزية عليه فنقول لا نسلم ان القياس صحيح لانه استرقاق النسا
والصبيان صحيح ولا جزية عليهم وقال الكرخي في مختصره فقال محمد اجمعوا الا توخذ الخراج
على كل معتمل قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد قال الحاكم الشهيد
في الكافي ولا خراج على رؤس المماليك وعلل صاحب الهداية بقوله لانه بدل عن القتل
في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا يجب بالشك بيانه ان الجزية
بدل عن الامرين المذكورين وقد مر تقريره فعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان
الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيجوز تحقيق البدل ايضا وعلى اعتبار
الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر على شيء فلا يقدر على النصرة فاذا لم يتصور الاصل
لم يتحقق البدل ايضا فاذا وجبت من وجه دون وجه لم تجب بالشك لان الاصل عدم الوجوب
قوله ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحمل الزيادة بسببهم يعني ان المولى وجب عليه الزيادة في
وظيفة الجزية بكونه اغنيا بالمماليك فلا يجب عليهم شيء اخر بسبب المماليك وقال في مختصر
الاسرار وقولهم الجزية على العبد والمولى يؤديها عنه باطل لانه لو كان كذلك لاختلفت بكثرة العبد
وقلتهم كصدقة الفطر ولانه عندهم تجب دينارا واحدا فلو كان عنه وعن عبده لكان لكل واحد
نصف دينار كما اراد العبيد بل في حق كل واحد قوله ولا يوضع على الرهبان الذين لا يخالطون
الناس هذا لفظ القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال محمد
بن ابي عمر وسالت محمدا عن اصحاب الصوامع هل يوضع عليهم الخراج قال كان ابو حنيفة يقول

يوضع

يوضع عليهم اذا كانوا ممن يقوون على العمل قلت لمحمد فما قولك قال العباس ما قال
ابو حنيفة قال محمد وليس على السياحين ولا على الرهبان خراج وان احتملوا
لانهم لا يخالطون الناس فغلبه الخراج اما وجه الوضع عليهم فلان الخراج على
المعتمل والراهب قادر على العمل وقد تركه مع القدرة عليه فيجب عليه الخراج
الراس كمن عطل ارض الخراج مع التمكن من الانتفاع بها حيث يجب عليه خراج
الارض وهذا قول ابي يوسف ايضا ووجه الرواية الاخرى ان الجزية بدل عن اسقاط
القتل في حقهم ولا يقتل الراهب الذي لا يخالط الناس فلا يجب الجزية واما قول
محمد في السياحين فقالوا يجوز ان يكون اجاب على من لا يقدر على العمل منهم
فيكون اتفاقا ويجوز ان يكون قال من لا يخالط الناس لا يقتل ومن لا يقتل لا
توضع عليه الجزية قوله ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته في اكثر السنة
واما ذكره تفريعا لمسئلة القدوري قال في الزيادات فان كان مرض في اكثر السنة
او نصفها فلا جزية عليه وان كان في اقلها تجب عليه الجزية لان الانسان لا يخلو عن قليل
مرض فلا يجعل حدا ولا يتعذر ايضا باهلية القتال والرهبان جمع راهب وقد
يقال للواحد رهبان ايضا ويجمع رهابين كذا في ديوان الادب قوله ومن اسلم وعليه
جزية سقطت عنه هذا لفظ القدوري قال في الشامل في قسم المبسوط اسلم الذمي قبل
استكمال السنة او بعدها او مات كافرا سقط عنه جزيته خلافا للشافعي وقال
في وجيزهم لو اسلم او مات بعد مضي السنة استوفي ولو مات في اثناء السنة طولب
بقسط على احد الوجهين وجه قول الشافعي ان الجزية بدل عن حقن الدم او عن السكنى
وقد حصل له العوض فيجب عليه العوض فلا يسقط بالاسلام او الموت لانه صار
دينا كما لا يسقط ساير الديون اما كونها بدلا عن حقن الدم فلقول عمر اي قبلوا الجزية
ليكون دماوهم كدمائنا واموالهم كاموالنا واما كونها بدلا عن السكنى فلان الدار دار
المسلمين ولا يتمكن الانسان بالسكنى في دار الغير الا ببدل وعوض والجزية تصلح
بدلا فلما كانت بدلا وقد حصل له المبدل وهو حقن الدم او السكنى فيجب البدل
فلا يسقط بعد وجوبه كالديون ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن عباس عن
النبي صلعم قال ليس على مسلم جزية ورواه ابن عباس في السنن ونهى الجزية وجبت اذ لا

والاهانة للكافر عقوبة على بقائه على كفره بدليل قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
ولهذا سميت جزية اي جزاء على كفره وعقوبة تسقط بالاسلام لان الاسلام يجب ما قبله اي
يقطعه بالحديث وكذلك تسقط عقوبة البقاء على الكفر بالموت كما يسقط الاسترقاق
بعقوبة بدليل بتوبته في حق الصغار ولان عقوبة الجزية على الكافر لدفع شره وقد اندفع
شره بالاسلام او الموت فلا حاجة الى العقوبة فسقطت الجزية ولان الجزية شرعت بدلا عن النصرة
بالبدن بعد الاسلام لارتفاع التهمة فيبقى البدل للقدرة على الاصل فسقطت الجزية فان قلت
لا نسلم ان الجزية بدل عن النصرة الا ترى ان الامام لو استعان باهل الذمة سنة فقاتلوا
معه لا يسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا لسقطت قلت انما لا تسقط لانه يلزم
تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال
دون النفس فاذا تعلقت الجزية بحق مال وجب على الكافر على كفره فوجب ان لا تسقط بالاسلام
كخراج الارض قلت خراج الرأس فيه صغار بالنص ولهذا لا يوضع على المسلم ابتداء بخلاف
خراج الارض فانه ليس فيه صغار بالنص ولهذا يوخذ في ارض خراجية للمسلم فافترقا قوله
بدلا عن العصمة اي عن عصمة النفس وهي حقن الدم قوله او عن السكنى في دار الاسلام قوله وقد وصل
اليه المعوض اي وصل اليه من اسلم العصمة او السكنى قوله العوض اي الجزية قوله بهذا العارض
اي بالاسلام او الموت قوله كما في الاجارة والصلح عن دم العمد يعني اذا استوفى الذمي منافع الدار
المستاجرة ثم اسلم او مات لا تسقط عنه الاجرة لان المعوض وصل اليه وهو منافع الدار
وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن دم العمد على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا تسقط البدل
لان المعوض وهو نفسه سلم له وهذا تسمى جزية ايضاح لوجوب الجزية عقوبة على الكفر والعصمة
ثبتت بكونه آدميا الخ جواب عن قوله وجبت بدلا عن العصمة او السكنى بيانه ان الادمي خلق
معصوما محقون الدم لكونه مكلفا لانه لا يتاتى له القيام باعباء التكليف الا بكونه معصوما وانما
بطلت عصمته بعارض الكفر فلما اسلم عادت العصمة فصارت العصمة به لا بقبول الجزية
والذي يملك موضع السكنى بالشراء او غيره من اسباب الملك فلا يجوز ايجاب البدل عليه
لسكناه في موضع مملوك فلو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة وفي الاجرة يشترط
التاقيت لان الابد يبطلها وحيث لم يشترط التاقيت في السكنى دل ان الجزية ما كانت بسبيل
الاجارة قوله وانما اجتمعت عليه الحولان تداخلت اي الجزية ولفظ مختصر القدوري

في شرح

في شرح الاقطع بقوله وان اجتمع حولان تداخلت وقال في كتاب الخراج من الجامع الصغير في
الذمي يلزمه خراج راسه فتمضي السنة ثم يؤديها حتى جاءت سنة اخرى انه لا يوخذ بما مضى
وقال ابو يوسف ومحمد يوخذ وقال في وجيزهم ولو اجتمع عليه جزية سنتين لم تتداخلا لهما
ان امتداد المدة ليس بمناف للواجب بل هو مؤكد للسبب لان سبب وجوب الجزية هو الكفر
الكفر وقد تغلظ بطول المدة فلما كان مؤكدا له لا منافيا استوفى الواجب ولانه حق
مال يتكرر بتكرر الحول فلا يتداخل كتعجيل العشر والزكوة بخلاف ما اذا اسلم او مات قبل استكمال
السنة او بعدها حيث تسقط الجزية عندنا خلافا للشافعي لان الاسلام ينافي الصغار
والعقوبة الواجبة للبقاء على الكفر وبالموت وصل الى العقوبة الاكبر فلا حاجة الى الادنى
قال الله تعالى ولنذيقنهم من العذاب الادنى دون العذاب الاكبر لعلهم يرجعون وقد
يتحقق في الاسلام والموت قبل هذا ولابي حنيفة ان الجزية عقوبة فاذا اجتمعت من
جنس واحد تداخلت كالحدود والدليل على انها عقوبة قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم
صاغرون ولهذا لا تقبل الجزية اذا بعث الذمي على يد نائبه بل يجيء بنفسه ويوخذ منه على وجه
الاذلال والاهانة ويدل عليه ايضا اختصاصها باهل العقوبة وهم الرجال المقاتلون
لا القتل والجواب عن القياس على تعجيل العشر فنقول ذلك ليس بصحيح لانه لا تكرر في المقيس عليه
بل الواجب الواحد موجل الى ثلاث سنين والزكوة لم تجب عقوبة بل وجبت طهرة فبطل
القياس قال في شرح الطحاوي قيل على قول ابي حنيفة يجب ان يوخذ الجزية كل سنة قبل تمامها
من حيث يبقى من السنة يوم واحد وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه حتى مضت حتى يتحقق
اجتماعهما لانها عنده اخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز لان من جاء كل شهر يجيء اوله وقال
بعضهم معناه دخول اولها لان الجزية انما تجب باول الحول وانما الحول تخفيف وتيسير
وتاجيل عند ابي حنيفة وكذلك قال في الزكوة لانها تجب في اول الحول لان الجزية خلف
عن القتل فتجب بنفس سقوط الاصل فاذا كان كذلك وجب التداخل بحقيقة الاجتماع فاذا
ثبت انها تجب باول الحول وكلما مضى شهران يوخذ منه بمنزلة الضريبة ولا يوخذ الكل
متى تم السنة لان المعوض سلم فيجب ما بازائه كالاجرة قوله وان اجتمعت عليه الحولان اي
جزيتا الحولين لكنه حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه كما في قوله تعالى واسأل القرية

اى اهل القرية ولهذا المعنى انث الفعل ويجوز ان يراد بالحولين الخ بان يجاز اطلاق اسم المحل
على الحال او انث الفعل على تاويل السنة لان الحول فى معناها كقوله سايل بنى اسد ما هذه الصوره
على تاويل الصيحة قوله عند تمام السنة اى السنة الاولى يعنى اذا مات الذى قبل تمام السنة او فى
بعض السنة لا يوخذ منه لانه مات قبل الوجوب فى سقط الموت عندنا خلافا للشافعى
وقد تم تحقيق ذلك قوله قد ذكرناها اشار به الى قوله ولان شرع العقوبة فى الدنيا لا يكون الا
لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام خراج الارض على هذا الخلاف قوله يتداخل اذا
اجتمع الحولان عند ابى حنيفة خلافا لهما وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق اى فى الخراج وعلى هذا
يحتاج الى الفرق بين الخراج والجزية ووجهه ان الخراج فى حالة البقاء مونة لا يلتفت فيه
الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان يتكرر ولا يتداخل
بخلاف الجزية فانها عقوبة محضة حيث لم تشرع فى حق المسلم اصلا قوله بعد توالى السنتين اى بعد
تتابعهما قوله على ما بيناه اراد به ما ذكر قبل هذا بقوله لانها وجبت عقوبة على الكفر قوله ولهذا لا
يقبل منه لو بعث على يد نايبه اى بصاحب لو لم وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر يعنى ان الذمى
ياتى بالجزية بنفسه ولا يبعثها على يدى غيره فاذا بعثها فلا يقبل بل تكلف الاتيان بنفسه
ماشيا لا راكبا ويعطيها قايما والاخذ قاعد ويده تحت يد الاخذ ويوخذ بتلبيبه عنف
الاخذ وحرك ويقال اد الجزية يا يهودى او يا نصرانى او يا عدو الله والتلبيب بالفتح
ما على موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر قوله فى اصح الروايات
فى رواية لا يقبل بعث الجزية على يد نايبه وفى رواية يقبل وفى رواية اخرى يهز
او يوخذ بتلابيبه ويقال له اد الجزية يا ذمى كذا ذكر فى الفتاوى الصغرى قبيل مسايل
الفاظ الكفر قوله حمله بعض المشايخ على الماضى الخ وبيانه قوله هو مجرى على حقيقته اى حقيقة
المجى وهو دخول السنة وذلك لان الجزية بدل عن اسقاط القتل فيسقط القتل بقبول
الجزية فى اول السنة فيجب البدل ايضا وهو الجزية فى اول السنة بخلاف خراج الارض فانه
يجب فى مقابلة الانتفاع بالارض فما لم يسلم له الانتفاع بها لا يجب فلهذا لا يجب
فى اول الحول قوله والاصح ان الوجوب عندنا فى ابتداء الحول وعند الشافعى فى اخره اعتبارا
بالزكوة يعنى ان الوجوب الجزية عنده باخر الحول قياسا على الزكوة وقياسه ممنوع لان
الزكوة تجب باول الحول عندنا وشرط الحول للتخفيف وقد مر قبل هذا وعقبه ان الجزية

بدل عن اسقاط القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا لكن عن اسقاط القتل وعن النصرة
فى المستقبل لا فى الماضى لان القتل انما يجب عليهم لحراب قايم لا ماض ولهذا اذا اسلموا يسقط
عنهم القتل وان كانوا حاربوا قبل ذلك والنصرة ايضا تكون فى المستقبل لا الماضى لان
الماضى وقعت الغنية عنه بتكفيف مؤنته فلا يجب الجزية لاجل السنة الماضية فاذا كان
كذلك وجبت الجزية فى اول الحول لانه مبنى لها وهو سقوط القتل او النصرة بالمال فيجب
فى ابتداء الحول لانه اول اوقات امكان الوجوب قوله على ما قررناه اشارة الى قوله لان القتل
انما يستوفى لحراب قايم فى الحال لا لحراب ماض الخ فصل لما فرغ من بيان ما يجب
على اهل الذمة من الجزية شرع فى بيان متعبداتهم ما يجوز منها وما لا يجوز قوله ولا يجوز
احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام هذا لفظ القدورى فى مختصره وتمامه
فيه وان انهدمت البيع والكنايس القديمة اعادوها الكنيسة اسم لمتعبد اليهود
والنصارى وكذلك البيعة اسم لمتعبدهم مطلقا الا ان الاستعمال غلب فى الكنيسة
لمتعبد اليهود وفى البيعة لمتعبد النصارى وانما لم يجز الاحداث لقوله عليه الصلاة و
السلام ولا كنيسة والمراد منه احداثها بالاجماع لان القديمة تترك على حالها قيل
فى تاويل الخصا المراد منه لا يخصى الرجل وقد قيل ذلك فى تاويل قوله تعالى ولامرنهم فليغيرن
خلق الله والمناسبة على هذا التاويل بين الخصاء والكنيسة ان فى كل منهما نوع ضعف
فى الخصاء ضعف بنية الخصى وفى بناء الكنيسة ضعف اهل الاسلام وقيل المراد منه
الرجل يمتنع من النساء كما يفعله اهل الكتاب من الرهبانية فيكون فى حكم الخصى ثم لما
لم يجز احداث البيعة والكنيسة لا يجوز احداث الصومعة ايضا ليتعبد واحد منهم
فيها على وجه الخلوة لانه بمنزلة البيعة بخلاف ما اذا عين موضعا من البيت للصلاة
وصلى فيه حيث لا يمنع منه لكونه تبعا لمسكنه قال صاحب الهداية وهذا فى الامصار دون
القرى اى عدم جواز احداث البيعة والكنيسة فى المصر لا فى القرية فلا يمنع من احداثها فى
القرية والفرق ان المصر موضع اقامة الحدود وتنفيذ الاحكام بخلاف القرية فيمنع
ذلك عن الاحداث فى المصر دون القرية ثم قال صاحب الهداية والمروى عن صاحب
المذهب فى قرى الكوفة اى الذى روى عن ابى حنيفة من عدم المنع عن احداث البيعة
والكنيسة فى القرى كان فى قرى الكوفة لا قرى بلادنا لان اكثر اهلها كانوا اهل الذمة

فلم يكن قراها موضع تنفيذ الاحكام لغلبتهم فلم يرد المنع من الاحداث بخلاف قرى بلادنا
فان اهل الذمة فيها مسلمون فيمنعوا من الاحداث اما اذا انهدمت البيع والكنايس
القديمة اعادوها كما كانت في الاصل والمراد من القديمة ما كانت قبل فتح الامام بلدهم
ومصالحتهم باقرارهم على بلدهم واراضيهم ولا يشترط ان تكون في زمن الصحابة والتابعين بعين
لا محالة وترك التعرض لهم دل ذلك على اعادة ما انهدم منها لان الامام لما اقرهم
عليها مع ان الابنية لا تبقى على الدوام كان فيه دلالة الاعادة كما في ساير ابنيتهم قال في الفتاوى
الصغرى اذا ارادوا احداث البيع والكنايس في الامصار يمنعون بالاجماع اما في السواد ذكر
في العشر والخراج انهم يمنعون وفي الاجارات انهم لا يمنعون واختلف المشايخ فيه قال مشايخ بلخ
يمنع وقال الفضل ومشايخ بخارى لا يمنع وذكر شمس الائمة السرخسي في باب اجارة الدور
والبيوت من شرح الاجارات الاصح عندي يمنعون عن ذلك في السواد وذكر هو في السير
الكبير فقال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون اما القرية التي سكنها
المسلمون اختلف المشايخ فيها على نحو ما ذكرنا وهل يهدم البيع القديمة في السواد على
الروايات كلها لا اما في الامصار ذكر في الاجارات انه لا يهدم البيع القديمة بل يترك وذكر
في العشر والخراج انها تهدم قال الناطفي في واقعاته قال محمد ليس ينبغي ان تترك في ارض العرب
كنيسة ولا بيعة ولا بيت نار وروى عنه اذا كان في البلدان المفتتحة كنايس تترك
في القرى في الروايات كلها واما في الامصار قال محمد في نوادر هشام يهدم وفي المجرد عن ابي حنيفة
تترك واما الصلحية تترك في المواضع كلها في الروايات كلها ويمنع من احداثها في الامصار و
القرى في قولهم جميعا وقال محمد في نوادر هشام اذا انهدمت كنيسة من كنايسهم او بيعة او
بيت نار فلهم ان يبنوها كما كانت وليس لهم ان يحولوها من موضع الى موضع اخر في المصر فلو ان يبنوه
كما كان يزيد به قدر بناء الاول اما الزيادة على بناء الاول فممنوع لانه احداث بيعة في المصر باب
الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى كتبته تكثيرا للفوايد والحصا بالكسر والمد مصدر حصاه من رماه
اذا سل حصيبه قوله لان فيها بعض الشعاير اي في قرى بلادنا بعض علامات الاسلام
كالاذان والاقامة والصلاة بالجماعة قوله والمروي عن صاحب المذهب اراد به ابا حنيفة وانما
ذكره كذلك هنا دون ساير المواضع لانه ذكر ان اكثر اهل قرى الكوفة اهل الذمة فنزهه
عن نقيضتهم فقال انه وان كان كوفيا لكنه جليل القدر بريء ساحته عن الدناءة منشئ المذهب

مقتدى

مقتدى اهل الاسلام قوله وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها ذكره تفريعا
لمسئلة القدوري وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب وحدث
صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله قال اخبرني عمر بن الخطاب انه سمع رسول الله صلعم
يقول لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب فلا اترك فيها الا مسلما وقال قد اجلى
عمر يهود نجران وفدك وانما سميت بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات
قد احاطت بها قال ابو عبيد جزيرة العرب ما بين حفر ابي موسى الى اقصى اليمن في الطول واما
العرض فما بين رمل يبرين الى منقطع السماوة وقال الاصمعي جزيرة العرب من اقصى
عدن ابين الى ريف العراق في الطول واما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر
الى اطوار الشام قال ابو عبيد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم باخراج اليهود والنصارى
من هذه ورايت في شرح ديوان الفرزدق ان حفر ابي موسى ماء للعنبر على خمس مناهل
من البصرة قال الكرخي في مختصره ارض العرب لها خصلة ليست في امصار المسلمين التي
ليست في ارض العرب مسكنا وطنا لا يمنعون ذلك في امصار المسلمين التي ليست في ارض
العرب قال ايضا فيها اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنايسهم
القديمة من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من الكنايس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك في
المصر واما ضرب الناقوس فليس ينبغي ان يمنعوا في المصر اذا كانوا يضربون في جوف
كنايسهم القديمة فاما ان يضربوا به خارجا منها فليس ينبغي ان يتركوا ان يفعلوا ذلك
الى هنا لفظه قوله ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم
وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح هذه رواية القدوري وفي بعض رواياته
ولا يتحلوا بالسلاح وقال ابو حنيفة في الجامع الصغير يأخذ الامام اهل الذمة باظهار الكستيجات
والركوب على السروج التي كهيئة الاكف تفسيره ما قال الكرخي في مختصره وهي ان يكون
على قربوس السرج مثل الرمانة وقال ايضا فيه قال ابو حنيفة ينبغي ان لا يترك احد من
الذمة يتشبه بالمسلمين في لباسه ولا في مركبه ولا في هيئته وفسر الكرخي الكستيج بالخيط
يعقده على وسطه وعن ابي يوسف الكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي
فوق ثيابه دون ما يتزين به من الزنانير المتخذة من الابريسم قال فخر الاسلام في
تفسير الكستيجات هي اعلام الكفر وهي فارسي معرب وحقيقته العجز والذل بلغة العجم

وقال الكرخي يكون قلانس الرجال سودا طوالا مضروبة وبهذا كان عمر ابن الخطاب امر
عماله ان يا خذوا اهل الذمة والاصل فيه ان الله تعالى وصفهم بالصغار وهو الذل
المتناهي ووصف المؤمنين بالعزة قال الله تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين فلما كان
كذلك وجب ان يتميز في مراكبهم وثيابهم وهيئاتهم اظهارا لما يدل على الذل والصغار
وصيانة لضعفاء المسلمين حتى لا يميلوا اليهم بان راوهم اصحاب النعمة والنعمة والخفض
والدعة فيقولوا ان المؤمنين في مشقة ومحنة واهل الذمة في راحة ونعمة واليه اشار
الله عز وجل بقوله ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم
سقفا من فضة فلذلك وجب تمييزهم باعلام واثار تدل على الذل ولا يتركون يتحولون
حتى قال مشايخنا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا عند الضرورة خصوصا في اسواق
المسلمين ومجامع طرقهم فاذا جاءت الضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين كان لزمت
الضرورة امروا باتخاذ السروج كهيئة الاكف على الوجه الذي قدمناه ولان العلامة لو لم تكن
ربما يعامل بالذمي معاملة المسلمين فلا يجوز ذلك وهذا لان المسلم واجب الاكرام والذمي واجب
الاهانة فلا يبدأ بالسلام عليه ويلجأ الى اضيق الطريق ويجوز ان يموت الذمي فجاءة في الطريق
فاذا لم يكن فيه علامة يصنع به ما يصنع بموتى المسلمين والاحتراز عن مثل ذلك واجب فان قلت
النبي صلعم ما اخذ بذلك اليهود والنصارى فكيف ثبت ذلك قلت ثبت ذلك باجماع الصحابة
في خلافة عمر حيث امر عماله ان ياخذوهم بذلك واجماعهم حجة وقال الشيخ ابو نصر انما تعين فعل
ذلك للتمييز واهل المدينة كانوا يعرفون باعيانهم ولا يشتبه حالهم على احد من اهل الذمة
ونصارى نجران كانوا استوعبوا بها وكذلك يجري هو لما فتحت البلاد في وقت عمر وكثر الناس
واختلطوا وجب تمييزهم للمعنى الذي قدمناه قوله كهيئة الاكف هي جمع اكاف قوله فانه جفاء
في حق الاسلام اي فان الزنار من ابريسم جفاء في حق الاسلام اي خرق وترك للحشمة العشرة
بالمسلمين وذلك لان من احوجه والصديق نعدا اهال الصديق والابريسم معرب و
الرب غلط فيهما ليس من كلامها قال ابن السكيت هو الابريسم بكسر الهمزة والراء وفتح
السين كذا في الصحاح قوله ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات يعني
بالعلامات كالجلاجل ونحو ذلك كذا قال شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير وقال
ايضا فيه ولكن لكي تكون برذعة من نسائهم تؤمر باتخاذ علامة فوق الملاءة لتمييز بذلك عن

المسلمات

المسلمات فان كانت ممن لا تخرج من بيتها لا تؤمر باتخاذ العلامة لانه لا حاجة لذلك اذا
لم تخرج قوله قالوا اي قال مشايخنا قوله للضرورة وهي كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض يحتاج
اليه فاذا ركبوا للضرورة لا يركبون على السروج لان ذلك للغزاة ولهذا يكره للنساء الركوب
على السروج ولان من ليس من اهل الحرب لكن يتخذون كهيئة الاكف وهو المراد بقوله الصفة
التي تعلق منه اذا دخلوا المحرم يتحولون وكذلك يمنعون ان يلبسوا مثل لباس اهل العلم واهل
الصلاح اهانة لهم كذا ذكره الامام العتابي وغيره ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب
النبي صلعم او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده هذا لفظ القدوري في مختصره وقال اصحاب
الشافعي ينتقض العهد بجميع ذلك كذا ذكره الشيخ ابو نصر لنا ان الجزية دين والامتناع
من اداء سائر الديون ليس بنقض للعهد فكذا الامتناع منها ولان القتل يسقط عنهم
بقبول الجزية لا باداءها بالاتفاق وقبولها باق فلما كان لا ينتقض العهد وبهذا سقط
احتجاجهم بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية لان اعطاءها ليس بشرط لسقوط القتل بل قبولها
كاف ولان سب النبي صلعم لو وقع من مسلم كان كافرا والكفر المقترن بعقد الذمة
ليس بدافع فلان لا يكون الكفر العارض رافعا له اولى واحرى لان البقاء اسهل من
الابتداء ولان النصارى يسبون صانع العالم ويقولون ثالث ثلاثة وله ولد ويقول
اليهود عزير ابن الله ويقول المجوس له ضد الخير من النور والشر من الظلمة ومع هذا
لم يصيروا ناقضين للعهد فكذا اذا سبوا النبي عليه الصلاة والسلام فلو قالوا ان سب
النبي صلعم وهن بالاسلام فنقول فكذلك في سب البارئ تعالى ولكن لم يكن ذلك نقضا للعهد لما كان
بيد الامام ازالته بالحبس والضرب والتعزير فكذا سب النبي صلعم يؤيده ما روي عن
عائشة لما دخل رهط من اليهود على النبي صلعم وقالوا السام عليك قالت ففهمتها
وقلت عليكم السام واللعنة فقال عليه الصلاة والسلام مهلا يا عائشة
فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله صلعم الم تسمع ما قالوا
فقال عليه الصلاة والسلام قد قلت وعليكم ولا شك ان هذا سب للنبي صلعم فلو
كان نقضا للعهد لقتلهم قوله بنقض ايمانه يعني لو كان مؤمنا قوله تخلى عنه اي عن
الايمان قوله لا ينقضه اي عهد الذمي قوله قال ولا ينتقض العهد الا ان يلتحق بدار الحرب
او يغلبوا على موضع فيحاربونا اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المقصود من ضرب

الجزية دفع شرهم فلا يحصل المقصود فينتقض العهد وانما ثبت نقض عهده فحكمه
حكم الموت فيجعل ذلك كالموت فيعمل في تركته ما يعمل في تركة الموتى فان دخلوا مرتدة
ذمية في دار الاسلام بانت منه كتباين الدارين اما اذا لحقت هي معه بدارهم ثم عاد
الى دارنا فهما على نكاحهما لعدم تباين الدارين الا ان الذمي اللاحق بدارهم اذا ظهر
علينا يسترق لانه جائز ابقاؤه على الكفر بالذمية بخلاف المرتد فانه لا يسترق لانه
لا يجوز ابقاؤه على الكفر بل يقتل ان لم يتب والمرتدة ما دامت في دارنا لا تسترق
فاذا لحقت بدار الحرب ثم سبيت استرقت وعند الشافعي يجبر ذلك على الاسلام لان الصحابة
رضي الله عنهم استرقوا نساء بني حنيفة وكانت ام محمد الحنفية منهم قوله وكذا في حكم
ما حمله من ماله يعني ان الذمي الناقض للعهد اذا حمل ماله الى دار الحرب يكون
ذلك فيئا للمسلمين اذا ظهروا عليها كمال المرتد اذا حمله الى دار الحرب قوله وانما افرد
بذكر نصارى بني تغلب في فصل على حدة لمخالفتهم سائر النصارى في الاحكام
قوله نصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة
والاصل فيه ما ذكر ابو يوسف في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس
عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر ابن الخطاب يا امير المؤمنين ان
بني تغلب من علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت مؤنتهم
فان رأيت ان تعطيهم شيئا فافعل قال فصالحهم عمر على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم
في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى ان تسقط الجزية عن رؤسهم فكل
نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين
سائمة ففيها شاتان الى عشرين ومائة فاذا زادت شاة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا
الحساب يؤخذ صدقاتهم وكذلك البقر والابل اذا وجب على المسلم شيء فعلى النصراني التغلبي
مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة واما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك
الارضون التي كانت في ايديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين واما
الصبي والمعتوه فاهل العراق يرون ان يؤخذ ضعف الصدقة من ارضه ولا يؤخذ من
ماشيته واهل الحجاز يقولون يؤخذ ذلك من ماشيته وسبيل ذلك سبيل الخراج لانه بدل
من الجزية ولا شيء عليهم في بقية اموالهم ورقيقهم هذا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج قوله ويؤخذ
من

من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم هذا لفظ القدوري في مختصره وهو ظاهر الرواية وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة انه
قال لا يؤخذ من نساء بني تغلب شيء ثم قال الفقيه ابو الليث ذكر عن ابي الحسن الكرخي
انه قال بهذه الرواية اقيس لانه لا يؤخذ من نساء اهل الذمة جزية فكذلك لا يؤخذ من
نساء بني تغلب مضاعفة الصدقة وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم وبه قال الشافعي
وجه قول زفر ان المأخوذ من بني تغلب جزية والجزية خلف عن القتل ولا قتل على المرأة
فلا تجب الجزية لعدم تصور الاصل والدليل على انها جزية قول عمر هذه جزية فسموها
ما شئتم ولهذا كان مصرفه مصرف الجزية فصارت نساؤهم كصبيانهم ووجه قول
اصحابنا في الظاهر ان المأخوذ من بني تغلب مال وجب بالصلح على الصدقة والمرأة اهل
لما يجب بالصلح فيجب عليها الصدقة المضاعفة كالرجل ومن قضية التضعيف ان
لا يتبدل اصل الحق فاذا لم يتبدل لم يكن المأخوذ جزية بل وجبت على نسائهم ضعف ما وجب
على نسائنا بخلاف الصبي فانه لا يجب على صبياننا الزكوة فلا يضاعف على صبيانهم وليس
هذا كالعشر فانه يؤخذ من ارض صبياننا فكذلك يؤخذ من ارض صبيانهم ايضا مضاعفا
لانه حق يعتبر في وجوبه الحول والنصاب فصار كالزكوة فيضعف على نسائهم لان الانوثة
لا تنافي الزكوة بخلاف الصبي ولا نسلم ان المأخوذ جزية بل هو خراج لان المأخوذ منهم اذا كان
متعلقا بالمال يسمى خراجا واذا كان متعلقا بالرؤس يسمى جزية وهذا متعلق بالمال لا بالرؤس
فلا يكون جزية يؤيده ان عمر رضي الله تعالى عنه صالحهم على ان يسقط الجزية عن رؤسهم
ولا نسلم ان كون مصرفه مصرف الجزية يدل على انه جزية لانه مصرفه مصالح المسلمين
وهو ليس بمختص بالجزية وحدها بل يوضع فيه خراج الارضين والجزية والاهداء
اهل الحرب وغيرها ولهذا لا تراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول
من يد النائب وكون المعطي قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب والهز ألا ترى ان
الجزية تؤخذ من الفقير المعتمل ولا تؤخذ الصدقة المضاعفة من الفقير المعتمل
التغلبي والجواب عن قولهم لا قتل على المرأة فلا تجب الجزية فنقول لا نسلم ان لا قتل عليها
مطلقا بل تقتل اذا كانت ملكة او تسببت به للنبي صلعم وانما لا تقتل في سائر الصور
لعدم العلة وهي الحراب والمأخوذ منهم بسبيله الرضا لانه وجب بالصلح والمرأة من اهله

فيجب عليها قوله من اهل وجوب مثله اى من اهل وجوب مثل مال وجب بالصلح لان لها
ان تصالح على مال قوله وذلك لا يختص بالجزية اشارة الى مال بيت المال قوله لا يراعى فيه
شرايطها اى لا يراعى فى الماخوذ من بنى تغلب شرايط الجزية من وصف الصغار ونحوه
وقد مر بيانه قبل هذا قوله ويوضع على مولى التغلبى الخراج وهذه من مسايل الجامع
الصغير ومنوه صاحب الهداية بقوله اى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى
وبيانه ان القرشى لا يوخذ منه الجزية والخراج ويوخذ ذلك من عبده النصرانى
اذا اعتقه وعند زفر يضاعف على المولى التغلبى كالتغلبى وهو المروى عن الشعبى
له ما روى فى شرح الاثار والسنن عن النبى صلعم انه قال مولى القوم من انفسهم قلنا
ان الماخوذ من بنى تغلب على وجه التضعيف تخفيف لان الاصل وجوب الجزية على
وجه الصغار كما فى ساير النصارى ثم المولى لا يلحق بالاصل فيما هو تخفيف الا ترى ان
الاسلام من اعلى اسباب التخفيف ثم اسلم لا يوخذ عليه الجزية وتوضع على عبده النصرانى
الذى اعتقه ولا يتعدى حكم التخفيف الثابت للمسلم الى مولاه فلان لا يتعدى حكم التخفيف
الثابت للتغلبى الى مولاه اولى واحرى ولا يلزم حرمة الصدقة على مولى الهاشمى لان
الشبهات فى باب الحرمات ملحقات بالحقيقة فالحق مولاه به فى الحرمة وليس كذلك مولى الغنى
لان الغنى اهل الصدقة الا ترى انه اذا كان عاملا يعطى منه ما يكفيه والهاشمى ليس باهل
للصدقة لكونها من اوساخ الناس تعظيما لقرابة الرسول صلعم ولهذا لا تحل له الصدقة
وان كان عاملا لكن الغنى مانع لم يوجد ذلك فى حق المولى فلم تحرم الصدقة عليه لعدم المانع
والجواب من الحديث ان ذلك ورد على خلاف القياس فاقتصر على مورد النص وهو حرمة الصدقة
خاصة فلم يجز التعدى الى غيرها وقد مر فى كتاب الزكوة فى باب من يجوز دفع الصدقة اليه
او نقول مولى التغلبى لا يلحق بالتغلبى لما ان الجزية اصلها ثابت بكتاب الله تعالى والصدقة
المضاعفة وجبت على وجه الصلح دفعا للضرورة ولا ضرورة فى حق المولى فيرد حال
المولى الى الاصل الذى هو الجزية قوله والخراج وما جباه الامام من الخراج من اموال بنى تغلب وما
اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف فى مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر
والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع ارزاق المقاتلة
وذراريهم وهذه مسئلة القدورى وذلك لان جميع ذلك مال وصل الى المسلمين من جهة

الكفار

الكفار بلا قتال وهو ضعه بيت المال ومال بيت المال معد لمصالح المسلمين وهذه الجهات
مصالح المسلمين فيصرف اليها ونفقات ذرارى المقاتلة واجبة عليهم فلو لم يكف
مؤن الذرارى اباءهم اشتغلوا عن القتال ولبطل امر الجهاد الذى من اعظم مصالح
المسلمين لاشتغال المقاتلة باكتساب الذرارى فوجب اعطاء نفقات الذرارى
ليقوا اقامة مصلحة المسلمين قال فى الشامل فى قسم المبسوط فى كتاب الزكوة والخراج
يصرف الى عطايا المقاتلة وسد الثغور وبناء القناطر هكذا روى عن عمر وقال ان لكل
احد من المسلمين حقا وصرفه الى هذه المصالح الى هنا لفظ الشامل وقد روينا
فى كتاب الزكوة من شرح الطحاوى جملة ما يجبى فى بيت المال وهى اربعة انواع فينظر
ثمة والثغور جمع الثغر وهو موضع مخافة البلدان قوله ما يكفيهم مفعول يعطى قوله وعـ
لماؤهم اى القضاة وعمالهم والعمال عملة المسلمين والعملة جمع عامل قوله ومن مات
فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء وهذه من خواص جامع الصغير والمراد من
العطاء ما يفرض للغزاة ويخرج فى بيت المال قال شمس الائمة السرخسى فى شرحه
للجامع الصغير يعنى المغازى الذى اثبت اسمه فى الديوان يستحق عطاءه من بيت
المال فى كل سنة فاذا مات فى نصف السنة فالعطاء قبل تاكد حقه بمجئ وقت المطالبة وثبوت
الاستحقاق فلا يصير ذلك ميراثا لورثته على ما بينا ان الحق الضعيف لا يجرى فيه
الارث الى هنا لفظ شمس الائمة وقال صاحب الهداية واهل العطاء فى زماننا مثل
القاضى والمدرس والمفتى وقد كان يعطى فى الابتداء من كان له ضرب مزية فى
الاسلام مثل ازواج النبى صلعم ورضى الله عنهن ومثل اولاد المهاجرين والانصار
او لمن كان عاجزا احتاج الى معونة وذلك كله صلة يبطل بالموت لان ما يعطى صلة لا
يملك قبل القبض وليس بدين ولهذا لا يورث عنه الا ترى ان النفقة صلة تشبه
الدين ومع هذا تسقط بموت احد الزوجين فلان يسقط العطاء بالموت ولا يشبه الدين
اولى واحرى وقد حققنا كون النفقة صلة فى باب النفقات قبل كتاب العتاق وينظر ثمة
ان شاء الله تعالى قال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير وانما خص نصف
السنة لان اخر السنة يستحب ان يصرف ذلك الى ورثته لانه قد اوفى عناه فاما قبل ذلك
فلا الا فى رعاية وقال شمس الائمة السرخسى فى شرح الجامع الصغير لم يذكر محمد ما اذا مات

بعد تمام السنة قبل ان تخرج عطاءه ما حكمه والصحيح من الجواب فيه انه لا يصير ميراثا ايضا
لان استحقاق العطا بطريق الصلة والصلاة لا تتم الا بالقبض وان ثبت الاستحقاق قبل
القبض فاذا مات ثم يخلفه وارثه فيه بمنزلة حق الاخذ بالشفعة وهو نظير ما قال اصحابنا
في الذي اذا مات بعد وجوب الحق عليه قبل الاخذ انه لا يستوفى من تركته لان ذلك في حق
الجزية صلة فاذا كان بموت من عليه قبل الاخذ يسقط ما هو عليه وان ثبت الاستحقاق
فكذلك بموت من له يسقط ما هو صلة وان ثبت الاستحقاق والله اعلم باب احكام المرتدين
لما فرغ من احكام الكفار من الاصل شرع في احكام الكفار بعد الاسلام لان العارض بعد
الاصل في الوجود فناسب ان يكون كذلك وضعا قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام عرض
عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت له اعلم ان المسلم اذا ارتد عن الاسلام عرض
عليه الاسلام فان اسلم والا قتل مكانه الا ان يطلب ان يؤجل فيؤجل ثلاثة ايام فان
ابى ان يسلم قتل هكذا ذكر الحاكم في الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط
وقال في الجامع الصغير في المسلم يرتد انه يقتل حرا كان او عبدا قال فخر الاسلام في شرحه
فلا يؤخر الا ان يستمهل لانه قد نابذ بعد المعرفة فلا عذر له فاذا استمهل ابلاء للعذر
امهل وقال في شرح الطحاوي المسلم العاقل البالغ اذا ارتد عن الاسلام فانه يستتاب
فان تاب واسلم والا قتل مكانه الا اذا طلب ان يؤجل فانه يؤجل ثلاثة ايام هكذا ذكر محمد
في السير الكبير ولا يزاد على ثلاثة ايام ولو قتله رجل قبل الاستتابة او قطع عضوا
منه باذن الامام او بغير اذن الامام فلا ضمان عليه لانه لا قيمة لدمه لكنه اذا فعل ذلك بغير
اذن الامام ادب على ما صنع كذا ذكر في شرح الطحاوي وقال الكرخي في مختصره لا
يؤجله اذا طمع في اسلامه ولا يؤجله اكثر من ثلاثة ايام وقال في امهال المرتد ثلاثة
ايام قولان ثم اذا يعرض الاسلام على المرتد لما روي عن عمر ان رجلا جاء اليه من قبل ابي موسى
الاشعري فقال عمر هل من مغربة خبر قال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال
هلا حبستموه في بيت ثلاثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب او يقتل ثم قال
اللهم اني لم احضر ولم ارض اذ بلغني كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولان
الظاهر من حال من نابذ الاسلام بعد المعرفة وقوعه في الكفر لشبهة معترضة فتزال
شبهته بعرض الاسلام عليه لكن العرض مستحب لا واجب لان المرتد كافر بلغته الدعوة و

اذا

اذا بلغته الدعوة لا يجب تجديد العرض عليه بل يستحب فكذا هذا وفائدة الاستحباب
حل قتله قبل العرض واما وجوب القتل فلقوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون قال بعض المفسرين
نزلت هذه الاية في شان اهل الردة الذين ارتدوا على عهد ابي بكر الصديق ولقوله
صلعم من بدل دينه فاقتلوه ولان بنفس الردة صار محاربا لاهل الاسلام فيقتل
لانه كافر ليس بمستامن ولا ممن يقبل منه الجزية الا انه اذا اشاءت حمل يمهل ثلاثة
ايام رجاء الاسلام والتقدير بثلاثة ايام لما روينا في حديث عمر ولانها مدة ضربت
لابلاء العذر الا ترى الى قوله تعالى ان سالتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني قد بلغت من لدني
عذرا اي ان سالتك عن شيء بعد المرة الثانية مرة ثالثة فلا تصاحبني وقد صرت
معذورا في مفارقتي وقوله تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة ايام لانه تعالى امهل قوم صالح عليه
السلام ثلاثة ايام بعدما حق عليهم العذاب وقال عليه الصلاة والسلام لحبان بن
منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام وقد جعل عليه الصلاة والسلام
الثلاثة مدة للتامل والتروي ونقل الناطفي في الاجناس عن كتاب الارتداد للحسن
فان تاب المرتد وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفي كل مرة طلب
من الامام التاجيل اجله الامام ثلاثة ايام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب التاجيل
فانه لا يؤجله فان اسلم والا قتل وقال الكرخي في مختصره فان رجع ايضا عن الاسلام
فاتي به الامام بعد ثلاثة استتابه ايضا فان لم يتب قتله ولا يؤجله وان هو تاب
ضربه ضربا وجيعا ويبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع
التوبة ويرى من حاله حال انسان قد اخلص فاذا فعل ذلك خلى سبيله فان عاد بعد
خلا سبيله فعل به مثل ذلك ابدا ما لم يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا ان يابى ان يسلم
قال ابو الحسن الكرخي وهذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وروي عن علي و
ابن عمر انه لا يقبل توبته بعد المرة الثالثة لانه مستخف مستهزئ وليس بتائب يؤيده
قوله تعالى ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم
وجه قول العامة ان الاية في حق من ازداد كفرا لا في حق من امن واظهر التوبة و
يدل على هذا الاطلاق قوله تعالى ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام لست مؤمنا وقد روي
عن النبي صلعم انه قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله قوله اعترته

شبهة يقال عراه واعتراه بمعنى اى اتاه قوله فتزاح عنه اى تزال قوله وفيه دفع شره اى فى عرض
الاسلام دفع شر المرتد قوله باحسن الامرين اراد بهما الاسلام والقتل واحسنهما
الاسلام قوله قال ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل اى قال القدورى فى مختصره قوله
يستمهل والاستمهال طلب المهلة قوله لابلاء الاعذار اى لاظهارها من بانه اتفاقا قوله تاخير
الواجب وهو القتل قوله لامر موهوم وهو اسلام المرتد قوله ولا فرق بين الحر والعبد
اى لا فرق فى قتل المرتد بين ان يكون حرا او عبدا اذا ابى الاسلام وفى امهاله اذا استمهل
ثلاثة ايام ثم فى استتابته وتخليته بعد ذلك اذا تاب او قتله اذا ابى لان الدلائل لا تفصل
بينهما لقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه قوله
وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو كان له
دين كاليهودية والنصرانية لوجب عليه ان يتبرأ عن ذلك ولكن ليس له دين فلاجل
هذا يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام ولكن بعد ان ياتى بالشهادتين قال فى
شرح الطحاوى سئل ابو يوسف عن المرتد كيف يستتاب فقال يقول اشهد ان لا اله الا
الله وان محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء من عند الله ويتبرأ من الذى انتحل وان شاء قال
ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ويقال لم ادخل فى هذا الدين قط وانا برئ منه اى من
الدين الذى ارتد اليه فهى توبته كذا نقل الشيخ ابو الحسن الكرخى عن ابى يوسف وقال
فى شرح الطحاوى واسلام النصرانى ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده و
رسوله ويتبرأ من النصرانية وان كان يهوديا من اليهودية وكذلك اذا كان كل ملة وفى
عليها واما اذا قال اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله فانه لا يكون مسلما
بهذا الاسلام لانهم يقولون هذا الا انهم اذا فسروا قالوا رسول الله اليكم هذا فى اليهود
والنصارى الذين بين ظهرانى اهل الاسلام واما اذا كان فى دار الحرب وحمل عليه رجل من
المسلمين فقال اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله فهذا دليل الاسلام او قال
محمد رسول الله او قال دخلت فى دين الاسلام او قال دخلت فى دين محمد عليه الصلاة والسلام
فهذا دليل اسلامه ذكره فى كتاب المرتد قوله قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام كره ولا شىء
على القاتل اى قال القدورى فى مختصره وهذا لان القتل وجب عليه بالنصوص بمجرد الكفر فلم
يجب الضمان على قاتله لقيام المبيح وانما العرض كان مستحبا لا واجبا فلاجل هذا كره القتل قبل

العرض لترك الاستحباب قوله فاما المرتدة فلا تقتل وهذه مسئلة القدورى اعلم ان المرأة اذا ارتدت
لا تقتل سواء كانت حرة او امة عند علمائنا وقال الشافعى تقتل وهو قول ابى يوسف اولا كذا ذكره
ابو الليث لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهذا لان كلمة من عامة تتناول
الذكور والاناث ولان الاشتراك ~~والسلام من بدل دينه~~ فى العلة يوجب الاشتراك فى الحكم وردة
الرجل تبيح قتله فكذا ردة المرأة للاشتراك فى العلة وتحقيقه ان الكفر من اقبح القبائح فكان
اقتاده واحدا مما يوجب ابلغ الزجر وهو بافناء الكافر وقتله ولنا ما روى ابو يوسف فى كتاب
الخراج عن ابى حنيفة عن عاصم بن ابى النجود عن ابى رزين عن ابن عباس قال لا تقتل النساء اذا هن
ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وروى محمد بن
الحسن فى المبسوط وقال بلغنا عن ابن عباس انه قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست
ولم تقتل ولان علة القتل هو الكفر المفضى الى الحراب وكفر المرأة ليس بمفض الى الحراب لعدم
صلاحية بنيتها بخلاف كفر الرجل فانه مفض الى الحراب لصلاحية بنيته والدليل على هذا ان
كل من كان كفره غير مفض الى الحراب لا يقتل كالكافرة الاصلية فكذا هذه وهذا لان الاصل ان
يؤخر جزاء الجناية الى دار الجزاء وهى دار الآخرة لقوله تعالى اليوم تجزى كل نفس بما كسبت والمراد
من يوم الآخرة بالنقل لكن ترك هذا الاصل دفعا للشر والشر لا يوجد الا من النساء كما
يوجد من الرجال حتى اذا كانت المرأة ذات رأى وتبع وجاه تقتل لا لكفرها بل لسعيها فى الارض
بالفساد وباقى البيان مر فى باب كيفية القتال عند قوله وينبغى للمسلمين ان لا يغدروا
ولا يغلوا ولا يمثلوا والجواب عما يتمسك به فنقول ذلك عام متروك الظاهر لان من بدل دينه
من اليهودية الى النصرانية او من النصرانية الى اليهودية او من الكفر الى الاسلام لا يقتل
مع وجود التبديل فيحمل على الرجل المرتد صيانة للحديث عن التعطيل وتوفيقا بينه وبين
ما روينا لان راوى ذلك الحديث ايضا ابن عباس ولا نسلم الاشتراك فى العلة لان العلة
ليست مطلق الكفر بل الكفر المفضى الى الحراب كما بينا وباقى البحث يعلم فى طريقة الخلاف
ان شاء الله تعالى قوله عدل عنه اى عن الاصل قوله لتيسرنا جوار دينها الواقع يقال نار جزلنا جز
ايدا بيل قوله لذلك اى الحراب قوله فصارت المرأة كالاصلية اى كالكافرة الاصلية يعنى
كما انها لا تقتل فكذلك المرتدة لا تقتل قوله قال ولكن تحبس حتى تسلم اى قال القدورى فى
مختصره قال الحاكم الشهيد فى الكافى ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس ابدا حتى تسلم وقال فى

الشافعي لا تقتل المرتدة وتحبس ابدا حتى تسلم خلافا للشافعي وقال في التحفة تحبس المرأة
وتجبر على الاسلام وتضرب في كل ثلاثة ايام الى ان تسلم ثم لا فرق بين الحرة والامة الا
ان الامة تدفع الى مولاها اذا طلبها مراعاة لحق الشرع وحق المولى بان تجعل متروكة
المولى طلبها سجنا وحبسا ويفوض تاديبها اليه بالضرب والجبر على الاسلام مع
توفير حقه في الاستخدام وفي الاصل شرط احتياج المولى اليها في الدفع ولم يشترط
ذلك في الجامع الصغير قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى
وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى ايضا وقال في كفاية البيهقي بذكر الضرب
في السير الكبير فان قلت للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت
الامة الى المولى دون العبد قلت لان العبد يقتل اذا ابى فلا فائدة الى الدفع اما
الامة فلا تقتل لكنها تجبر على الاسلام لما روينا من حديث ابن عباس قبيل
هذا ولانها لما ارتدت عن الاسلام بعد ما التزمته لا تترك اصرارها على الكفر
لانها امتنعت عن ايفاء حق مستحق تجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد فكذا
في حق الله تعالى لوجود الجامع وهو الامتناع عن الحق المستحق ثم المرتدة ما دامت
في دار الاسلام لا تسترق فان لحقت بدار الحرب ثم سبيت استرقت وتجبر مع ذلك
على الاسلام لان اصحاب رسول الله صلعم استرقوا نساء بني حنيفة هذا ظاهر الرواية
وروى عن ابي حنيفة انها تسترق وان كانت في دار الاسلام ذكره الولوالجي قوله اما الجبر فلما ذكرنا
اراد به قوله لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى الخ قوله واما المولى اي اجبار المولى حذف
المضاف واقيم المضاف اليه مقامه كما في قوله تعالى واسئل القرية اي اهل القرية قوله فان اسلم ... يزول
ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها اي قال القدوري في
مختصره والمراد من زوال المراعى ان يكون امر الزوال موقوفا الى ان يتبين حال المرتد
بيانه في قوله اسلم الى الحرة يعني اذا اسلم يعود امواله الى حالها اي تبقى ملكا له كما كانت وان
قتل او مات على الردة او لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه يعمل السبب المزيل للملك وهو
الردة عمله على الثبات فينتقله الى ورثته كسب الاسلام دون كسب الردة فانه
في عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وسيجي بيانه بعد هذا وقال الشيخ ابو نصر البغدادي
وغيره هذا الذي ذكره القدوري من الزوال المراعى قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد

لا يزول ملكه الا ان ابا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص وجعل
محمد بمنزلة المريض وجه قولهما في عدم الزوال لان الردة سبب يبيح للدم واباحة
الدم لا توجب زوال الملك كمن وجب عليه الرجم او القصاص فاذا كان كذلك كان حكمه حكم من
وجب عليه القصاص فيعتبر تبرعاته من جميع المال وقال محمد هو معرض التلف اذ كان كلما
تلف بلا ضمان فصار حاله حال الحسي من حالة المريض فاعتبر تصرفه في الثلث وجوابه من جهة
ابي يوسف ان المرتد متمكن من دفع الهلاك من نفسه بالاسلام بخلاف المريض ووجه
قول ابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله
فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم بيانه ان النبي صلعم علق عصمة الدم والمال
بالاسلام باخلها والشهادتين فيعلم منه سقوط عصمة الدم والمال بالكفر فلما ارتد
يزول ماله عنه لسقوط العصمة لكن قلنا بزواله مراعى لانه يرجى اسلامه بالدعوة
اليه والاجبار عليه فوجب التوقف في الزوال لاجل هذا فان اسلم صار كان لم يزل ملكه
اصلا فان قتل او مات او لحق بدار الحرب وقضى باللحاق فيحكم بالزوال الثابت لا
ستقراره بالكفر قوله لانه مكلف محتاج يعني ان كونه مكلفا يقتضي بقاء ملكه لا زواله لانه
لا يمكن من اقامة موجب التكليف بدون المالكية وبقاء مالكيته يوجب تقرر الملك لا
زواله قوله وهذا يوجب زوال ملكه اي كونه مقهورا يوجب ذلك لان المقهورية اثر كونه
المملوكية فاذا ثبت انه مقهور مملوك في ايدينا ارتفعت مالكيته لمنافات بين المالكية
والمملوكية فاذا ارتفعت المالكية زال الملك لا محالة لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك
محال قوله او مالكيته بالجر للعطف على قوله ملكه قوله اجعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم
اي جعل حكم المرتد اذا اسلم كان لم يكن في حق هذا الحكم اي جعل كفر المرتد اذا اسلم كان لم يكن
في حق بقاء ماله على ملكه يعني يجعل كانه لم يزل عن ملكه اصلا واحترز بقوله في حق هذا
الحكم عن حبوط عمله وحق بينونة امرأته وعن وجوب تجديد كلمة الشهادة لان ردته لا تجعل
كانها لم يكن في حق هذه الاحكام قوله فلم يعمل السبب ولم يعمل بالسبب اي يعمل السبب المزيل
للملك وهو الارتداد عمله حيث عادت اموالها الى حالها الاولى ولم نعمل بحق يثبت ذلك
السبب حيث لم نقل بزوال الملك قوله قال وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب فحكم
بلحاقه كان اولى لان حكم الحاكم باللحاق مثل موته ولهذا صرح بذكر الكرخي في مختصره والله اعلم

ان احد الاشياء الثلاثة اذا وجد كان كسب اسلامه ميراثا للمسلمين من ورثته وكسب ردته
فيء عند ابي حنيفة وزفر والحسن كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال صاحباه كلاهما ميراث لهم وقال
الشافعي الكسبان جميعا فيء لان المسلم لا يرث الكافر لما روى صاحب السنن باسناده الى
اسامة بن زيد قال لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وروي في السنن ايضا عن رسول الله
صلعم انه قال لا يتوارث اهل ملتين شيء فلما لم يرثه المسلم كان ماله مال حربي مقهور في
ايدينا فكان فيئا وهذا لانه بارتداده صار حربا علينا ولنا ما روى ابو يوسف في كتاب
الخراج وقال ثنا الاعمش عن ابي عمرو عن علي انه اتي بمستورد العجلي وقد ارتد فعرض عليه
الاسلام فابى فقتله وجعل ميراثه بين ورثته من المسلمين ثم وجه قولهما ان الردة لو اوجب
زوال الملك اصلا عندهما لما قبل هذا فكانت عقوده في الردة نافذة عندهما فكان حكم
الكسبين سواء فانتقل الملك الى ورثته بموته او الحكم باللحاق بدار الحرب ولا يقال انه توريث
المسلم من الكافر لان التوريث تستند الى ما قبل الردة فيكون كان كسب الردة كسب الاسلام
فيكون على هذا توريث المسلم من المسلم لا من الكافر ووجه قول ابي حنيفة ان حرمة مال المسلم كحرمة
دمه فلما سقط العصمة عن الدم باعتراض الكفر سقطت عن المال ايضا فكان فيئا لجميع
المسلمين ما اكتسبه في الردة بخلاف كسب الاسلام فانه مال معصوم انتقل الى ورثته باستقرار الكفر
بالموت او القتل او الحكم باللحاق بدارهم وقبل ذلك لم يحكم بالانتقال لتردد حال المرتد هل يموت على الكفر
او يتوب فان قلت ما معنى قولكم يزول ملك المرتد زوالا موقوفا فانه لا يخلو من احد الامرين اما
ان يزول او لا يزول فان زال وجب ان لا يعود بالاسلام لان الساقط لا يعود وان لم يزل
فلا معنى لقولكم يزول زوالا موقوفا قلت جاز ان يزول ثم يعود بالاسلام الا ترى ان الملك يزول
بالهبة والبيع ثم يعود بالرجوع وقوله لا معنى لقولكم يزول زوالا موقوفا قلنا مثل هذا ليس بممتنع
كما في الطلاق الرجعي والبيع المشروط فيه الخيار وكما في خيار المجلس عندهم فان قلت اذا كانت
الردة سببا لزوال الملك فلا يخلو اما ان يكون الزوال قبلها او معها او بعدها فلا يجوز الاول لان
فيه تقديم المسبب على السبب وهو فاسد ولا يجوز الثاني لان الحكم يعقب السبب ولا يكون مقترنا
معه ولا يجوز الثالث لانه ملك الكافر فلا يجوز نقله الى المسلم قلت هذه مغالطة لانا لا نقول
بنقل ملك الكافر الى المسلم بل بنقل ملك المسلم الى المسلم بيانه ان الردة موت حكمي لقوله تعالى او من
كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه فيعتبر بالموت الحقيقي ثم الموت الحقيقي يزيل ملكه الى ملك

الميت

الميت فكذا الردة تزيل ملك المسلم الى ملك الموتى فمعنى قولنا مسلم ارتد بمنزلة قولنا مسلم مات
قوله ملكهما لورثته اي كلا الكسبين وهما كسبا الاسلام والردة قوله على ما بينا اشارة الى قوله
لانه يملك عتاق الخ قوله ويستند الى ما قبيل ردته اي يستند التوريث فاذا كان كذلك صار
كانما اكتسب كسب الردة قبل الردة قوله ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد الخ يعني ان القول باستناد
التوريث ممكن في كسب الاسلام لوجود كسب الاسلام قبل الردة بخلاف كسب الردة فان القول
باستناد التوريث لا يمكن لعدم كسب الردة قبل الردة اذ من شرط استناد التوريث الى ما قبل
الردة وجود الكسب قبل الردة ولم يوجد في هذا لان الشيء يثبت ثم يستند قوله انما يرثه من كان
وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا للاستناد يعني
يرث منه كسب اسلامه عند ابي حنيفة من كان وارثا له عند وجود الردة الى ان يوجد احد الاشياء
الثلاثة للاستناد لا من ورث الى حالة الردة من وجه بيانه ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود
الاشياء الثلاثة وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كان الوارث ورثه حين
الردة فلاجل هذا اشترط كونه وارثا الى وجود احد الثلاثة فلا يرثه الوارث اذا ارتد بعد ردة
ابيه قبل موته على هذه الرواية قوله وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل
استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه اي لا يبطل استحقاق الوارث بموت الوارث بل يخلف الوارث وارث
الوارث ووجهه ان الردة كالموت فيعتبر زمان الردة وهذا قول زفر ايضا كذا في الشامل
قال الكرخي في مختصره من كان من الورثة حرا مسلما يوم ارتد فله الميراث ومن كان من ورثته
كافرا او عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يقتل او اسلم الكافر بعد الردة قبل القتل
فلا ميراث له لانه لم يكن وارثا يوم ارتد ولو كان وارث المرتد مسلما يوم ارتد فارتد الوارث
بعد ردة ابيه قبل ان يقتل او يموت او يلحق بدار الحرب او بعد ذلك قبل ان يحكم بلحاقه
فله الميراث لانه كان وارثا يوم ارتد ولا يعتبر ما حدث بعد ذلك وهذا قول ابي حنيفة
الى هنا لفظ الكرخي واعتمد هو على هذه الرواية حيث لم يذكر لابي حنيفة قولا اخر في
مختصره ثم قال الكرخي فيه وقال ابو يوسف يعتبر حال الوارث يوم يقتل المرتد او يموت
او يحكم بلحاقه فان كان ممن يستحق الميراث منه والا لم يرثه ولم يعتبر ما قبل ذلك
واعتبر محمد حال الوارث يوم اللحاق لا يوم الحكم باللحاق لانه باللحاق تزول العصمة
والامان والذمة في حق المستامن والذمي ووجه قول ابي يوسف ان العارض متصور له

متوقف بثبوت حكمه على القضاء وقال الكرخي خالف محمد ابا يوسف في هذا الوجه وقال هذا
بمنزلة المكاتب يموت وقد ترك وفاء فتؤدى الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات
ولا يعتبر حاله يوم اديت الكتابة قال في الشامل اللحاق بالدار بمنزلة الموت لانقطاع
احكام دارنا لا يتناء عنه فهو كالهالك لان في الموت لا يحتاج الى القضاء وهنا يحتاج
لان ذلك غيبتي ما يوئس من ارتفاعه فالحكم يثبت به بدون القضاء بخلاف اللحاق وهذا
تخريج الجواب من استدلال محمد بموت المكاتب وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت
وهو قول ابي يوسف ومحمد وقد ذكرناه انفا وذكر صاحب الهداية هذه الروايات
تفريعا لمسئلة القدوري وذكره طمل في المتن وهو ان الحادث بعد انعقاد السبب قبل
تمام السبب كالحادث قبل انعقاد السبب فلا جرم يعتبر زمان الموت لان السبب يتم به
حتى يرثه الولد الحادث بعد الردة قبل القتل او الموت كالولد الحادث قبل الردة واصله
الولد الحادث في المشتراة قبل القبض يكون له حصة من الثمن فيصير مضمونة حتى اذا هلك
في يد البايع قبل القبض بغير فعل احد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله متعلق بالاصل
كما كان كذلك لو كان الولد حادثا قبل انعقاد السبب وهو البيع قوله وترثه امراته المسلمة
اذا مات او قتل وهي في العدة وكذلك ترث منه امراته ان كانت في العدة وقت اللحوق بدار
الحرب وبه صرح في شرح الطحاوي وهذا لان الرجل لما كان يستحق القتل بالردة اشبه
ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن في حالة المرض
يوجب الارث اذا كانت في العدة لان امرأة الفار ترث عنه فكذا الردة وروى في المبسوط
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انها ترث وان كانت منقضية العدة وهذا لانها كانت
وارثة عند الردة وينبغي ان تكون هذه على تلك الرواية التي تعتبر وجود الوارث عند
الردة وبقاؤه وارثا الى وقت موته او على الرواية التي تعتبر وجوده عند الموت فان
قلت اي فرق ما اذا كانت المراة مدخولا بها فالاولى ترث المرتد والثانية لا اي الفرق
ايضا بين بقاء العدة حال المرتد وعدم بقائها حيث ترث المعتدة دون المنقضية العدة
قلت الفرق ان الردة موت حكما لا حقيقة ولهذا تعتد امراته بثلاث حيض لا باربعة اشهر
وعشر لان زوجها حي حقيقة فلما كان زوجها حيا ولم يستقر حكم المرتد قبل الموت او الحكم
باللحاق لم ترثه لان الحي يرث الميت لا الحي وحال موت الزوج كانت مبانة لانها بانت بمجرد

ردته والمبانة لا ترث اذا لم يكن عند موت الزوج اثر من اثر النكاح وكذا المنقضية
العدة لانه لم يبق اثر النكاح والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد
سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة تحقيقه ان عصمة المال تابعة لعصمة النفس
ثبوتا وسقوطا فبارتداد الرجل تسقط عصمة النفس لكونه حربا علينا فيقتل فيسقط
عصمة المال ايضا تبعا لها فيكون كسبه لا رتداده فيئا عند ابي حنيفة كمال حربي مقهور في الدنيا
اما ارتداد المراة فلا يسقط به عصمة النفس لانها لا تقتل لعدم الحراب فلا يسقط
عصمة المال ايضا فصار كسبها في الردة ميراثا يعني ورثها المسلمين لكسبها في الاسلام قوله
ويرثها زوجها المسلم اذا ارتدت وهي مريضة قال في شرح الطحاوي وان ماتت في
الحبس او لحقت بدار الحرب كان مالها ميراثا لورثتها على فرائض الله تعالى ولا يرث
زوجها منها لان الفرقة وقعت بالردة الا اذا ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك
المرض يرث الزوج منها لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج قوله بخلاف المرتد
متصل بقوله فلم يتعلق حقه بمالها يعني المرتدة ان كانت صحيحة حال الارتداد لا يرثها اذا
زوجها لعدم تعلق حق الزوج بمالها لانها لا تقتل عندنا فلم يوجد منها قصد الفرار بخلاف ما
ارتد الزوج حيث يرثها امراته المسلمة اذا مات وهي في العدة سواء ارتد في صحته او
مرضه لانه تعلق حقها بماله لانه يستحق القتل فكان فارا بالارتداد فورثته قوله وان لحق
بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه
ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين هذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة وقال في خيرهم
ملك المرتد يزول على قول ويبقى على قول وهو موقوف على قول وقال في شرح الطحاوي اذا
مات او قتل او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه فانه يقسم تركته على ما ذكرنا ويحل ديونه
المؤجلة ويحكم بعتق امهات اولاده ومدبريه من جميع ماله وتبطل وصيته ثم قال وهذا اذا
كانت وصية يصح الرجوع عنها وقال الطحاوي لا تبطل وصيته فيما لا يصح الرجوع وقال
الامام الولوالجي في فتاواه تبطل وصاياه ما اوصى به في الاسلام اذا قضى القاضي بلحاقه سواء
كانت وصية بالقربة والطاعة او بغير القربة وقال الوصية للنايحة والمغنية وفي ظاهر
الرواية ابطل وصيته مطلقا في المبسوط وغيره ولم يفرق بين القربة وغيرها ولم يذكر

الخلاف وذلك لان لما الحق بدار الحرب صار حربا علينا واهل الحرب اموات في حقنا الا ترى
الى قوله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ولانه باللحاق تنقطع الزام احكام
الاسلام عنه كما ينقطع عن الميت فصار اللاحق كالميت لكن اللحاق ليس بامر مستقر فلا بد من
الى قضاء القاضي او لان القضاء الحوق باللحاق امر مختلف فيه فيتوقف نفاذه على قضاء القاضي
كما في ساير المجتهدات ثم لما قضى القاضي باللحاق حكم بموته فتثبت الاحكام المذكورة من عتق
المدبرين وامهات الاولاد وحلول الديون المؤجلة ونقل كسب الاسلام الى الورثة باتفاق
اصحابنا خلافا للشافعي وقد مر بيانه مستوفى عند قوله وان مات او قتل على ردته انتقل
ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين ثم لما حلت ديونه يقضي من كسبه ولعصل فيها
من كسب الاسلام او كسب الردة ما سيجي عقيب هذا ان شاء الله تعالى قوله وهي ما ذكرناها اي الاحكام
المتعلقة بموت المرتد هي التي ذكرناها من عتق المدبرين وامهات الاولاد وحلول الديون
ونقل كسب الاسلام يقال حل الدين حلولا من باب فعل يفعل بفتح العين من الماضي وكسرها في
المستقبل كذا اثبته صاحب الديوان وغيره قوله ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد
وقد مر بيانه مستوفى عند قوله وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند ردته قوله لانه
هو السبب اي السبب لزوال العصمة قوله تقرره اي لتقرر السبب قوله وقال ابو يوسف وقت القضا
اي يعتبر وارثا وقت القضا يصير موتا بالقضا اي اللحاق لا يعتبر موتا لعدم استقراره
الا بالقضا قوله والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا اي على هذا الخلاف بين ابي يوسف
ومحمد فعند ابي يوسف يعتبر وجود الوارث وقت القضا وعند محمد وقت اللحاق او وقت
القضا على الاختلاف قوله وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام
وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته هذا لفظ القدوري في مختصره
وهو قول زفر والحسن كذا قال الكرخي في مختصره وقال في شرح الاقطع روي عن ابي حنيفة
مثله ولكن الكرخي لم ينسب هذا القول الى ابي حنيفة بل قال في مختصره وقال زفر والحسن
ما لحقه في حال الاسلام في الدين فهو مما كسبه في حال الاسلام وما لحقه في حال الردة فيما كسبه
في حال الردة فلا يكون ما كان في الاسلام في مال الردة ولا في مال الردة في مال الاسلام وقال
ابو الحسن في مختصره روى الحسن بن زياد ان ما كان على المرتد من دين قبل ردته او بعدها فهو
فيما كسب في حال اسلامه الدينان جميعا ولا يكون فيما كسبه في حال ردته ويكون ما كسبه في حال

ردته

ردته فيئا لجماعة المسلمين الا ان لا يفي كسبه في حال اسلامه بدينه فيكون ما بقي فيما كسب
في حال ردته وهذا خلاف ما رواه ابو يوسف الا ان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة ان
الدين كله ما لحق قبل الردة او بعدها فيما كسب قبل الردة الا ان لا يفي كسبه في حال
الردة فيكون ما بقي في كسبه في حال الاسلام وجه ما روى القدوري وهو قول زفر
والحسن ان الدين المستحق اي الواجب بالسبب الواقع في حالة الاسلام يخالف
الدين الواجب بالسبب الواقع في حالة الردة ثم كل واحد من كسب الاسلام وكسب الردة
حصل بذلك السبب الموجب للدين فلاجرم تقضي دين هذه الحالة من كسب هذه الحالة
ودين تلك الحالة من تلك الحالة للمناسبة لان الغرم بالغنم ووجه ما روى الحسن عن
ابي حنيفة ان الدين يتعلق بما يورث لا بالغنم وكسب الاسلام يورث دون كسب الردة
لانه فيء فيقضي من كسب الاسلام لا من كسب الردة الا اذا لم يكن في كسب الاسلام وفاء فحينئذ
يقضي من كسب الردة ولا يمتنع قضاء الدين من كسب الردة لكونه فيئا الا ترى
ان الذمي اذا لم يكن له وارث تكون تركته فيئا لبيت المال ثم اذا ظهر له دين يقضي
منه كذا هذا ووجه ما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان الدين يتعلق بماله عند الموت
لا بما زال من قبل وكسب الاسلام زال وانتقل الى ورثته بالردة وماله عند الموت كسبه
في الردة فيقضي الدينان من كسب الردة الا اذا لم يف كسب الردة بالدين فحينئذ يقضي
من كسب الاسلام لان الدين مقدم على الارث وهذا معنى قوله تعليلا لحقه اي لحق المرتد
هذا كله قول ابي حنيفة اما على اصل ابي يوسف ومحمد فديونه واكسابه في الحالين سواء
لان كسب الردة موروث عندهما ككسب الاسلام لانه يملكهما جميعا قوله وهذه رواية
عن ابي حنيفة اي قضاء الدين الاسلام وقضاء دين الردة من كسب الردة رواية عن
ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن قوله وعنه يبدأ بكسب الاسلام اي عن ابي حنيفة انه
يبدأ بكسب الاسلام وهي رواية الحسن عنه ذكرناه آنفا قوله على عكسه اي يبدأ بكسب الردة
فان لم يف فيقضي من كسب الاسلام وهذه رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة قوله وجه الاول اي وجه
المذكور الاول وهو قضاء دين كل حال من كسب تلك الحال وقد اتضح بيان ما قال في
الوجه الاول في تقريرنا آنفا فلا حاجة الى الاعادة قوله حتى يخلفه الوارث بضم اللام حتى
للحال ذكره ايضاحا لما قبله وهو ان كسب الاسلام ملك المرتد فيه اي في كسب الاسلام

قوله من تحلاه اراد به كسب الاسلام قوله اى من كسب الردة قوله ولو كان عليه اى على الذمى
قوله وكسب الردة خالصا حقه وذاك لانه لا حق للورثة فيه ولم يصرف فيه بعد قبل الموت وقد
تعلق دينه به قبل ان يصرف فيه لا يستحق به القتل ولا يقال انه ليس بمالك له فكيف يكون خالصا
حقه لانا نقول لا نسلم انه ليس بمالك لان الملك عبارة عن المطلق الحاجز وغيره يحجز عن
التصرف وهو مطلق في التصرف فيه على مذهبهما لان ملكه ثابت وعلى مذهب
ابى حنيفة الملك موقوف فعلى ان الملك في الحال في حال الردة موجود وان زال بالموت او القتل
وهذا ما لاح لى في هذا المقام في بيان كون كسب الردة خالصا حقه والله اعلم قوله وما
باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف
فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بطلت اى قال القدورى في مختصره و
كلمة من للبيان لقوله ما باعه وانما قال صاحب الهداية وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين لان القدورى لم يذكر الخلاف في هذا الموضع واراد بأحد
الوجهين الاسلام وبالثاني الاحوال الاشياء الثلاثة من الموت او القتل او اللحاق قال في
الشامل في قسم المبسوط وجميع تصرفه في حال ردته من بيع وشراء وعتق وتدبير و
كتابة وهبة ووطء امة وادعاء نسب جايز ان اسلم وباطل ان لحق الا النسب فانه يثبت
عند ابى حنيفة وعند ابى يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح وعند محمد كما يجوز من المريض وجملة
القول هنا ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالطلاق وتسليم الشفعة
وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون والاستيلاد لانها لا تبتنى على حقيقة الملك وباطل
بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة للمرتد وموقوف
بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد الا ان
عندهما ان مات او قتل صارت عنانا كذا ذكر في شرح الطحاوى ومختلف فيه كالعتق والهبة والتدبير
والكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية والبيع والشراء قال ابو حنيفة ان اسلم جاز نافذا
وان قتل او مات على ردته او لحق بدار الحرب بطل ذلك كله وقال ابو يوسف ومحمد نافذ كله
قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وجه قولهما ان صحة التصرف ببقاء اهلية
ونفاذه بالملك ولا شك في قيام الاهلية المرتد لقيام الخطاب عليه الا ترى ان القتل يجب
عليه بارتداده ولو كانت اهليته معدومة او ناقصة لم يجب عليه القتل ولا شك في بقاء

ملكه

ملكه ايضا لانه مكلف محتاج ولا يحصل القيام بموجب التكليف بدون الملك والدليل على قيام
ملكه بعد الردة انه لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر فصاعدا من امرأة مسلمة او امة
مسلمة يرثه فلو كان ملكه زايلا لم يرثه هذا المولود ولو ان ولده المولود قبل الردة مات بعد
الردة قبل موت المرتد وقبل لحاقه لا يرثه فلو لم يكن ملكه قايما بعد الردة لورثه هذا الولد
لانه كان حيا وقت ردة الاب فلما كان ملكه قايما صح تصرفه ونفذ الا عند ابى يوسف يصح
تصرفه كما يصح تصرف الصحيح من جميع المال وعند محمد من ثلث المال كالمريض لانه على شرف
الهلاك حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه لا يرجع عما انتحل اليه غالبا فيكون ذلك سببا
الى القتل فيقتل واما حكما فلانه يلحق بدار الحرب خوفا من القتل وكان حاله كالمريض وجه
على ابى يوسف بانه اذا اقر لوارث بدين لم يجز وجه قول ابى يوسف ان غاية ما في الباب ان قتله مباح
وهذا لا يوجب خللا في تصرفه كالمحكوم عليه بالرجم او القصاص وليس هو كالمريض لانه يمكنه
من دفع الهلاك عن نفسه بالاسلام بخلاف المريض والظاهر من حاله انه يعود الى الاسلام
بزوال الشبهة فلا يقتل وجه قول ابى حنيفة ان العاصم للنفس والمال هو الاسلام لقوله عليه
الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم واموالهم ثم لما ارتد سقطت العصمة عن المال
فجعل تصرفه فيه موقوفا رجاء الاسلام كما جعل ملكه موقوفا ايضا لهذا المعنى فصار المرتد
لكونه حربيا مقهورا تحت ايدينا كالحربي الذي اسر فهو تحت ايدينا حيث يكون تصرفه
موقوفا لان الامام مخير في اسارهم بين القتل والاسترقاق وتركهم احرارا ذمة للمسلمين
فان ترك الحربي حرا ذمة لنا جاز تصرفه والا فلا فكذا كان تصرف المرتد موقوفا الى ان يتبين
حاله فان اسلم صح والا بطل ولا يشبه المرتد من وجب عليه القتل بسبب الزنا او بسبب
القتل العمد لان ثمة يكون تصرفه نافذا بلا توقف وتصرف المرتد متوقف لان بالارتداد
بطل سبب العصمة فاوجب ذلك خللا في حاله فتوقف تصرفه وفي الزنا والقتل العمد
ما بطل العصمة لبقاء الاسلام فلم يجب القتل لبطلان العصمة بل وجب جزاء عقوبته
فلم يثبت الخلل في الاهلية فينفذ تصرفه بلا توقف ولا يشبه المرتدة الحربي لانها ليست
من اهل الحراب ولهذا لا تقتل عندنا الا اذا التحقت بدارهم فتعتبر حربية والمرتد حربي
في الحال لوجوب جزاء المحاربة عليه فلهذا كانت عقود المرتدة كلها جايزة الا المفاوضة
فانها موقوفة ان اسلمت صحت والا صارت عنانا كما في المرتد كذا قال الامام الاسبيجابي

فان قلت كيف نفذ طلاق المرتد وبمجرد الردة تبين المراة قلت حتى ليس بممتنع الا ترى ان
المسلم اذا ابان امرأته ما دام ذلك الزوج او ارتدت فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة
والمسئلة منصوصة في شرح الكافي وسنبينها ان شاء الله تعالى في اخر كتاب الوكالة ويمكن ان لا
يقع البينونة ايضا بالردة كما اذا ارتدا الزوجان معا ثم طلقها بعد الردة فلا يرد السؤال اصلا
لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية فيه كيف وننقض الاستيلاد لا يفتقر الى
حقيقة الملك بدليل ان الاستيلاد يصح في جارية الابن وان لم يكن للاب فيها ملك حقيقة
بل له حق التملك في مال الابن لدفع حاجته والاستيلاد من حاجته وان الطلاق لا يفتقر
الى تمام الولاية الا ترى ان العبد يصح طلاقه مع انه لا ولاية له على نفسه اصلا قوله ولا
ملك له اي للمرتد قوله وما عددناه اي المختلف في توقفه الذي عددناه من البيع والشراء
والاعتاق الهبة ونحو ذلك قوله والنفاذ الملك كلاهما بالنصب عطفا على قوله ان الصحة يعتمد
الاهلية يعني نفاذ الملك التصرف تعتمد الملك قوله على ما قررناه من قبل اشارة الى ما ذكر
بقوله لانه مكلف محتاج في تعليل قولهما قبل ورقة عند قوله ويزول ملك المرتد من امواله
بردته زوالا مراعى قوله انتزاع الازاحة بالزاي المعجمة الازالة قوله من النحل الى نحلة يقال
انتحل فلان قول غيره او شعره اذا ادعاه لنفسه والنحلة بكسر النون وسكون الحاء الدعوى
كذا في ديوان الادب كانه اراد به هنا من انتسب الى دعوى قوله ما قررناه في توقف الملك اشارة
الى ما ذكرنا من تعليل قول ابي حنيفة بقوله ولان انه حربي مقهور تحت ايدينا عند قوله ويزول ملك
المرتد قوله ابناء عليه على توقف الملك قوله وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيوخذ ويقهر تتوقف
تصرفاته كتوقف تصرفات المرتد فيه نظر لان الحربي الداخل دارنا بغير امان يكون فيئا فكيف تتوقف
تصرفاته فلو قال كالحربي الذي اسر على ما امضينا ذكره كان اولى قال الكرخي في مختصره لو ان رجلا
من اهل الحرب او رجلين دخلا دار الاسلام بغير امان صار فيئا للمسلمين قوله لبطلان سبب
العصمة اراد بسبب العصمة الاسلام قوله في الفصلين اي في فصل الحربي والمرتد من بيان هذا كله قوله
وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه
هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان المرتد اذا عاد تائبا الى الاسلام فصار كانه لم يزل مسلما و لا
يعتق عليه شيء من امهات الاولاد والمدبرين وان كان بعد الحكم فكل ما وجد في يد ورثته اخذه
لان الوارث خلفه فيه وجد الاصل بطل حكم الخلف ولان المال ملك عليه بلا عوض فكان حكمه

حكم الهبة فالواهب له حق الرجوع في الموهوب ما دام قائما فكذا هذا قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير روي ان العلقمة بن علاثة ارتد على عهد ابي بكر ثم رجع في عهد عمر ابن
الخطاب تائبا فرد عليه ماله ولذلك قلنا انه يرد عليه ماله اما ما ازاله الوارث عن ملكه سواء
كان بسبب يلحقه الفسخ كالبيع والهبة او بسبب لا يلحقه الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد
فذلك كله ماض لا سبيل للمرتد عليه ولا ضمان على الوارث ايضا لانه ازاله حين كان له سبيل من
الازالة فصار كالموهوب له اذا خرج من يد الموهوب له قال الكرخي في مختصره ان كان المكاتب ادى
ما عليه من الكتابة الى الورثة فعتق ثم جاء المرتد مسلما مضى عتق المكاتب ولا يفسخ وان كان
ما اداه قائما في يد الوارث اخذه المرتد قال في شرح الطحاوي والولاء للمرتد وكذلك عتق امهات
الاولاد والمدبرين لا يفسخ لان العتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض والفسخ ولانه لما جاء
الينا تائبا صار كانه حي بعد ان مات فلو حيي حقيقة بعد الموت وان كان ذلك بخلاف العادة
لم يكن له على امهات الاولاد والمدبرين سبيل فكذا هذا قوله لاستغنائه اي لاستغناء
المرتد قوله بل يلاحج وهو قضاء القاضي بلحاقه قوله كما ذكرنا اشارة الى قوله لانه لا يستقر لحاقه
الا بقضاء القاضي فلا بد من القضاء قوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام
فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر الخ وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه
مرتد له امة نصرانية جاءت بولد بعد الردة لستة فادعاه قال هو ابنه وهو حر والامة
ام ولد له فان مات او قتل لم يرثه هذا الولد وان كانت امه مسلمة يرثه كذا ذكر فخر الاسلام
البزدوي وغيره وذكر الصدر الشهيد والعتابي في شرحيهما للجامع الصغير جاءت
بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد وهكذا قاله احترازا عما اذا جاءت بالولد لاقل من
ستة اشهر حيث يرثه اذا مات او قتل او لحق وحكم باللحاق وذلك لان العلوق حصل
في حال الاسلام المرتد فكان الولد مسلما والمسلم يرث المرتد وبه صرح العتابي
وغيره بخلاف ما اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا حيث ينظر فان كانت الامة يهودية
او نصرانية لا يرثه لان الولد يجعل تبعا لابيه لا لامه لان الاب اقرب الى الاسلام حيث
لا يقر على الردة بل يجبر على الاسلام ولا تجبر الام فلما كان الولد تبعا لابيه اعتبر مرتدا
والمرتد لا يرث من احد لا من المسلم ولا من المرتد فلم يرث الولد هذا وان كانت الامة مسلمة
كان الولد مسلما تبعا لها لان الولد يتبع خير الابوين دينا والمسلم يرث المرتد ثم اعلم ان دعواه

الولد صحيحة على قولهما بلا اشكال لان عقود المرتد عندهما جايزة فكذلك دعوته اما
ابو حنيفة فانه جعل عقوده موقوفة لكن جعل دعوته صحيحة لان الاستيلاد لا يفتقر
الى حقيقة الملك بل يثبت بتاويل الملك الا ترى ان العبد الماذون اذا ادعى النسب من الجارية
التي من تجارته جاز وكذلك الاب اذا ادعى ولد جارية ابنه يثبت النسب وتاويل المرتد
اكثر من تاويلهما فاذا ثبت النسب ثبت التوريث المذكور في ارثه وحده فان قلت كيف
جعلت الصبي تبعا للمرتد فيما اذا كانت امه يهودية او نصرانية ولم تجعلوه مسلما تبعا
لدار الاسلام قلت تبعية الدار انما يكون اذا لم يكن معه احد ابويه فاذا كان فلا وقد مر ذلك
في باب الجنايز فان قلت هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد طفل ولد قبل
ردتهما فانه يبقى مسلما تبعا للدار ولا يعتبر مرتدا تبعا لهما قلت لا نسلم انه يبقى مسلما
تبعا للدار بل هو كان مسلما تبعا لابويه فبقي على ما كان عليه بعد ردتهما بخلاف ما نحن
فيه فان الولد لم يثبت له حكم الاسلام اصلا فجعل تبعا لابيه المرتد لقربه الى الاسلام
قوله فلم قلت اشارة الى قوله قبل صفحة لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك قوله واذا لحق المرتد
بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب
فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعاملة اعلم ان المرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر المسلمون على ذلك المال يكون فيئا لانه
مال حربي فيكون حكمه حكم ساير اموال اهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين الدارين فان
قلت المال تابع للنفس ونفس المرتد لا يكون فيئا فينبغي ان لا يكون المال الذي في يده كذلك
قلت لا يلزم من عدم جريان الفيء على النفس عدم جريان الفيء على المال ولهذا لا يجري الفيء
على مشركي العرب ويجري الفيء على اموالهم ونسايهم وذراريهم فكذلك المرتد اما اذا رجع
بعد اللحاق بدار الحرب الى دار الاسلام فاخذ طايفة من ماله فادخله دار الحرب ثم ظهر
على ذلك المال فهو لورثته اذا وجدوه قبل القسمة بغير شيء وان وجدوه بعد القسمة
فهو لهم بالقيمة الا اذا كان مثليا لا ياخذونه لانه لا فايدة باخذه بالمثل كذا في شرح
الطحاوي وهم في ذلك بمنزلة رجل اجنبي باخذ العدو ماله ثم يظهر المسلمون
عليه كذا قال الكرخي في مختصره وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
هذا لا يستقيم اذا رجع بعد قضاء القاضي فاما قبل القضا فجواب هذا الكتاب

لا يوجب

لا يوجب الفصل يعني ان جواب كتاب جامع الصغير لا يفصل بين الحالين في رد المال على الورثة
لانه رتب حكم الردة على مطلق اللحاق بدون قيد القاضي باللحاق ووجهه انه متى لحق فالظاهر
انه لا يعود فكان ميتا حكما ثم قال فخر الاسلام وفي بعض روايات السير الصغير قال لا حق
للورثة فيه فيكون فيئا ووجه ذلك ان الحق انما يثبت بالقضا يعني ان الحق للورثة لا
يثبت الا بقضاء القاضي وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا اذا رجع بعد
القضا من القاضي بلحوقه وجعل ماله لورثته اما اذا لم يقض القاضي بلحوقه حتى رجع و
اخذ فالحكم فيه كالحكم في الذي ذهب به اول مرة فاقول ينبغي ان يكون ما وقع في الجامع
الصغير على مذهب محمد وما وقع في بعض روايات السير على مذهب ابي يوسف وذلك
لان محمدا جعل مجرد اللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند اللحاق ولا يجعل ابو يوسف ذلك
كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند القضا لا عند اللحاق قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب و
له عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة والمكاتبة والولاء
للمرتد الذي اسلم وهذه من مسايل الجامع الصغير اعلم ان القاضي اذا قضى بلحاقه
وجعل عبده لابنه فكاتبه ثم رجع المرتد تائبا لا ينفسخ الكتابة لان الابن فعل ذلك
من ولاية شرعية حين جعل المرتد ميتا حكما وكان الابن كالوكيل عن ابيه المرتد في التصرف
لان المرتد لما لحق بدار الحرب صار كانه سلط ابنه على ماله وجعله خلفا عنه في التصرف
فلما عاد ثبت له حكم الاحيا وبطل حكم الموت فلما لم تنفسخ كانت المكاتبة اعني بدل الكتابة
للمرتد الذي اسلم لان حقوق العقد في الكتابة ترجع الى الموكل لا الى الوكيل وكذلك
الولاء للمرتد الذي اسلم لان الولاء لمن اعتق والعتق وقع منه بخلاف ما اذا ادى بدل
الكتابة للوارث فان الولاء يكون للوارث لوقوع العتق منه قوله بدليل منفذ اراد به قضاء
القاضي باللحاق قوله واذا قتل المرتد رجلا خطا ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية
في مال اكتسبه في حالة الاسلام خاصة عند ابي حنيفة وقالا الدية في مال اكتسبه في الاسلام
والردة وهذه من مسايل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث وروي عن ابي حنيفة
رواية اخرى انه قال يجب في المال الذي اكتسبه بعد الردة اعلم ان العاقلة لا تعقل
على المرتد لان العقل لمعنى النصرة والمسلم لا ينصر المرتد فاذا لم تعقل العاقلة
عنه وجبت الدية في ماله وماله هو الذي اكتسبه في الاسلام عند ابي حنيفة فانه لم تنفذ

فذلك عليه فيما اكتسبه الى ردته وكذلك حكم من استفاده من مال او افسده قال الكرخي هذا على
موافق لرواية الحسن عن ابي حنيفة واما على اصل ابي يوسف ومحمد لما كان الكسبان جميعا ملكه
لم يكن ايجاب الدية في احد المالين اولى من ايجابه في الاخر وكان فيهما جميعا وجه الرواية الاخرى
عن ابي حنيفة ان كسب الاسلام للورثة فيه حق فكان الايجاب فيه كالايجاب في مال الورثة
بخلاف كسب الردة فانه لا حق لهم فيه وكان الايجاب فيه اولى قوله وعنده ماله المكتسب في الاسلام
عند ابي حنيفة مال المرتد هو المكتسب في حالة الاسلام والمكتسب خبر لقوله ماله وليس بصفة له
وكان حق التركيب بضمير الفصل كما ذكرنا حتى لا يتوهم الصفة لقوله تعالى والكافرون هم الظالمون
قوله ولهذا كان الاول ميراثا ايضاحا لقوله ماله المكتسب في الاسلام قوله واذا قطعت يد المسلم
عمدا اذا ارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع
نصف الدية من ماله لورثته وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في مسلم يقطع يده عمدا ثم يرتد فيموت من ذلك وهو مرتد قال على القاطع
نصف الدية في ماله لورثة المقطوع يده وان اسلم ثم مات منها فعلى القاطع الدية في ماله
لورثة المقطوع يده وان لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما ثم مات منها فعلى القاطع نصف الدية
في ماله لورثة المقطوع يده وقال محمد في ذلك كله نصف الدية على القاطع في ماله اذا اسلم
قبل لحاقه بدار الحرب او بعد لحاقه قال فخر الاسلام وهو قول زفر اما اذا مات على ردته
فانما وجب على القاطع نصف الدية في ماله ولم تجب دية النفس ولا قصاص في قطع اليد
لان السراية حلت محلا غير معصوم فهدر اعتبارها فلم تجب دية النفس لان موتها
حصل في حال لا قيمة لها ولم يجب القصاص في اليد لان اعتراض الردة صار شبهة وهذا لان
الردة لو كانت موجودة عند القطع كانت حقيقة الاباحة قائمة في قطع اليد لوجود
المبيح وهو الردة فاذا كانت قائمة ثم اعترضت كانت شبهة فاذا لم يجب القطع وجب
دية اليد وهي نصف دية النفس لان القطع حصل في حال عصمة اليد وهي حالة الاسلام
وانما كان دية اليد في ماله لكون القطع عمدا اما اذا كان خطأ فقال الحاكم في الكافي هو
على عاقلته وهذا بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم ثم مات من ذلك فانه لا يجب
الضمان اصلا لان قطع اليد حصل في زمان لا قيمة لها لعدم العصمة والمهدر لا
يلحقه الاعتبار اصلا فلهذا لم يعتبر زمان السراية بخلاف المعتبر فانه يجوز ان يلحقه

الاهدار

الاهدار بالاسلام وانما جاز ان يلحق بالردة كما في صورة الاولى حيث لم تجب دية النفس ولا القطع
والتحقيق هنا ان نقول ان فوت العصمة يوجب الهدر لا محالة وقيام العصمة لا يوجب الضمان
لا محالة اذا قطع بالمرتد لم يكن اعتراض العصمة دافعا لصفة الهدر في الصورة الثانية وكان
اعتراض سقوط العصمة قاطعا للضمان في الصورة الاولى اما اذا اسلم بعد الارتداد ثم هلك
من القطع وجب ارش اليد ولم يجب ضمان النفس عند محمد وزفر قياسا وعند ابي حنيفة وابي يوسف
يجب ضمان النفس استحسانا فذكر القياس والاستحسان فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
لكن ان كان عمدا يجب في ماله وان كان خطأ فعلى عاقلته كذا ذكره الولوالجي في فتاواه وجه قول
محمد ان اعتراض الردة اهدر اعتبار السراية لانه بعد الارتداد صار بحال لو قتله قاتل لا يجب
عليه شيء فصارت الردة مهدرة لما تولد من القطع فاذا اسلم بعد ذلك لم ينقلب الى
الضمان لان المهدر لا يلحقه الاعتبار كما لو خرج حربيا او مرتدا ثم اسلم فمات من ذلك لا يجب
على الجارح شيء فكذا هاهنا ووجه قولهما ان الجناية وقعت في محل العصمة وتمت في محل
العصمة لانه كان في الحالين مسلما فيجب ضمان الدية ولا يعتبر تخلل الردة لان [illegible]
انقطاع السراية بفوت العصمة وقيام العصمة ليس بشرط في حال بقاء الجناية لان
حال البقاء ليست بحال انعقاد السبب زمان الجناية وزمان وجوب الضمان يوم الموت
فلما كان كذلك لم يلتفت الى الردة المتخللة فجعل كانه لم يزل مسلما لارتفاع عارض الردة
كمن قطع يد رجل فاضناه ذلك حتى اشرف على الموت ثم حز آخر رقبته فعلى الاول ضمان
اليد ولا يضمن للبقاء شيئا وهذا كالنصاب يعتبر كماله في طرفي الحول ولا يضره نقصانه
فيما بين ذلك وقد مر ذلك في كتاب الزكوة وكالملك في اليمين يعتبر زمان انعقاد اليمين
وزمان وجوب الحنث ولا يضر فواته فيما بين ذلك حتى اذا قال العبد اذا دخلت الدار
فانت حر ثم خرج عن ملكه بسبب من الاسباب ثم عاد الى ملكه فدخلها يحنث ولا يلزم
عبد قطعت يده ثم باعه المولى لانه ان عاد الى قديم ملكه فهو على هذا الاختلاف كذا ذكر
فخر الاسلام اعني اذا رد عليه بعيب او خيار مثلا يجب على الجاني ضمان النفس عند
ابي حنيفة وابي يوسف ولا يكون البيع مبطلا للسراية وان عاد الى ملك جديد
فهو بمنزلة عبد آخر لاختلاف الملك واما اذا لحق بدار الحرب وقضى به القاضي ثم عاد مسلما
ومات من ذلك القطع فعلى القاطع نصف الدية ولا يرد هذا عليهما لانه صار ميتا

حكم بقضاء القاضي باللحاق والموت بقطع السراية ثم اسلامه بعد ذلك كان حياة حادثة
تقديرا كانها نفس اخرى فلم يبق حكم الجناية الاولى واورد الولوالجي في فتاواه في هذه
الفصل عن ابي يوسف روايتان في رواية يضمن دية النفس وفي رواية لا يضمن اما اذا عاد
مسلما بعد اللحاق قبل قضاء القاضي ثم مات من ذلك فقال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير لا نص فيه ثم قال فهو على الاختلاف يعني عند محمد يجب نصف الدية وعند صاحبيه
يجب دية النفس كاملة فهذا هو مراد صاحب الهداية بقوله فهو على الخلاف الذي بيناه هذا اذا
ارتد المقطوع يده اما اذا ارتد القاطع فقتل ومات المقطوع يده منه مسلما فقال
في الشامل في قسم المبسوط ان كان عمدا فلا شيء عليه لان القاتل مات وان كان خطأ فعلى
عاقلته دية النفس لان الجناية انعقدت موجبة للعقل لان الجاني كان مسلما يوم الجناية
ولا جرم لو كانت الجناية في حال ردته كانت في ماله قوله يد المسلم اي احدى يد المسلم قوله اما الا
اي الوجه الاول وهو ما اذا مات على ردته قوله فلان السراية اي سراية القطع قوله حلت محلا
غير معصوم وذلك لان نفس المرتد ليست بمعصومة لبطلان العصمة بالردة قوله فاهدرت
اي اهدرت السراية حيث لم يجب ضمان النفس قوله بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات
من ذلك اي مات من القطع يعني من سرايته حيث لا يجب على القاطع ضمان اصلا لان اعتبار
الزمان القطع لان الشيء اذا وقع مهدرا من الاصل لا يلحقه الاعتبار فلا يكون غير الموجب
موجبا قوله ولنا الثاني الوجه الثاني كما اذا قطع يد مرتد فاسلم سواء مات من القطع او
لم يمت حيث لا يجب الضمان اصلا لا ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني وعمت
فيه اي تمت الجناية في محل معصوم قوله فيها لها اي قيام العصمة قوله وحالة البقاء بمعزل
من ذلك كله اي من حالة انعقاد السبب ومن حال ثبوت الحكم قال ابن دريد انا من هذا
الامر بمعزل او منتبذ قوله لقيام الملك في حالة بقاء اليمين اذ لا يبطل بانتفائها بيناه قوله
واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه
يوفى مولاه مكاتبته وما بقي لورثته وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال
الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارتد المكاتب بعد الكتابة ثم لحق بدار الحرب واكتسب مالا ثم
اخذ اسيرا فابى ان يسلم فانه يقتل ويستوفي مولاه مكاتبته من ماله والباقي ميراث له استحسا
وكان القياس كله لمولاه ان كان عبدا وكان حرا فهو في الى هنا لفظ الكافي وهذا لا يشكل

على

على مذهبهما لان كسب المرتد الحر عندهما ميراث فكذا كسب المكاتب وانما يشكل على مذهب
ابي حنيفة لان كسب المرتد الحر فيء عنده فكيف كسب المرتد المكاتب ميراثا على وجه
الاستحسان وجهه ان كسب المرتد الحر لما كان موقوفا الى ان يتبين حاله لم يملك
اكتساب الحر في الردة وكانت فيئا بخلاف المكاتب فان تصرفاته نافذة واست
موقوفة لان الكتابة لا ينافيها الموت الحقيقي فكذا لا ينافيها الموت الحكمي وهو الردة
واللحاق وصحت اكتسابه وكانت اكتسابا بالردة كاكتساب الاسلام فصار ميراثا
لورثته لو رثته حرا لانه مات عن وفاء وتقدير الحاكم بقوله وان كان حرا بناء على ان المكاتب
اذا مات عن وفاء فيه اختلاف الصحابة وعند علي وابن مسعود يموت حرا وهو مذهبنا
وعند زيد ابن ثابت يموت عبدا وهو مذهب الشافعي يعني ان المكاتب ان كان
مثل الحر كما هو مذهبه فالباقي بعد المكاتبة لمولاه وان كان حرا كما هو مذهبنا فالباقي
فيء على قياس ابي حنيفة على المرتد الحر لكنه استحسن وجعل الباقي ميراثا لان الموت
لا ينافي الكتابة وهذا يؤدي كتابته بعد موته من اكتسابه كالذي يحكم بعتقه فكذا
اذا لحق بدار الحرب لا يحكم بموته فثبت من هذا ان كونه في دار الحرب ككونه في دار الاسلام
وكسبه في الردة ككسبه في الاسلام قوله يوفى مولاه مكاتبته اي بدل كتابته ويوفى
بالتشديد على صيغة المبني للمفعول من قولهم وفاه حقه اذا اعطاه وافيا فكذا با
لاولى اي لا يتوقف تصرف المكاتب بالردة كما لا يتوقف بالاقوى وهو الرق
بل يكون نافذا في الدين والحاصل الرق اقوى والردة ادنى لان المرتد يصح استيلاؤه بالاتفاق
بخلاف الرقيق فانه لا يصح منه وعندهما يصح جميع حقوق المرتد نحو البيع والشراء والعتاق والهبة
بخلاف الرقيق فانه لا يصح منه ذلك بالاتفاق فعلم ان الردة ادنى كونها مانعا للتصرف
الذي من الرق فالرق لا يمنع تصرف المكاتب مع انه اقوى فلان لا يمنع الردة وهو ادنى
بطريق الاولى فان قلت سلمنا ان كل واحد من الرق بانفراده ليس بمانع لتصرف المكاتب
ولم لا يجوز ان يثبت لهما مع وصف الاجتماع لان هيئة الاجتماع لها خاصية وراء خاصية الانفراد
كالمفرد والمركب فيجوز شهادته فاذا اجتمعت مع الاخرى زالت قلت الاصل عدم المنع ولا يلزم من
جواز الوقوع فمن ادعى المنع فعليه ابراز الدليل ونحن ننكره قوله واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ
بالله تعالى ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر

عليهم جميعا فالولدان فيء وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال في الجامع الصغير يجبر
الولد الأول على الإسلام ولا يجبر ولد الولد وقيد الحبل بدار الحرب وقع اتفاقا ان حبلت
في دارنا فكذلك الجواب كذا ذكر الصدر الشهيد وغيره يدل عليه اطلاق الحاكم الشهيد في الكافي
بقوله واذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب فولد لهما ولد ثم ولد لولدهما ولد ثم ظهر عليهم اجبر ولدهما على الإسلام
ولم يجبر ولد ولدهما اما كون الولد وولد الولد فيئا فلأن المرتدة تسبى وتسترق والولد يتبع
الأم في الرق والحرية فيكون فيئا واما الجبر على الإسلام فالولد يجبر عليه ولا يجبر ولد الولد وذلك
لأن الصغير يتبع ابويه او احدهما في الدين لقوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة
فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه ولهذا يكون مسلما باسلامهما فكذا يكون مرتدا بارتدادهما
فلما كان مرتدا تبعا لهما اجبر على الإسلام قال الإمام الولوالجي في فتاواه يجبر على الإسلام ولا يقتل
كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الإسلام يجبر على الإسلام فكذلك لا يتبعه في الارتداد فلو كان
تابعا للجد يلزم ان يتبع الى ما لا يتناهى فيلزم ان لا يحكم بالكفر اصلا في الصغير لأن الناس
كلهم اولاد آدم وحوى والمعقول ان يقال ان الحكم اذا اقتصر عن كل الجنس لم يكن بعض المقادير
احق من بعض فلزم الاقتصار على الأدنى لتيقنه وهو الأب فاذا لم يكن تابعا للجد كان حكمه حكم سائر
اهل الحرب اذا اسروا فيسترق او يوضع عليه الجزية قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
ولم يذكر ههنا حكم الزوجين ثم قال وذكر بعد هذا ان الزوجة تسترق والزوج يقتل او يسلم هذا
اذا ولد لهما ولد بعد لحاقهما اما اذا ارتد الزوجان وذهبا الى دار الحرب بولدهما صغيرا ثم
ظهر عليهم فالولد فيء لأن الولد الصغير صار مرتدا تبعا للأبوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي
وان كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام ~~قد ماتت مسلمة~~ لم يكن الولد
فيئا لأن الولد تبعا مسلم فلا يصير فيئا بنفسه الى الأم وكذا اذا كانت الأم قد ماتت مسلمة
لأن اسلام الأم لا يرتفع بالموت بل يتقرر وكذا اذا كانت الأم نصرانية ذمية لأن اعتبار جانب
الأم يوجب ان يكون الولد من اهل دار الإسلام فيرجح هذا الجانب فيبقى من اهل دارنا فصار كأنه
في دارنا فلا يسبى كذا ذكر الولوالجي في فتاواه ثم في هذا الفصل يجبر الأولاد على الإسلام عند
ابي حنيفة ونقل الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره عن ابي يوسف انه قال في الأولاد يجبرون
ولا يقتلون وفي اولاد الأولاد يجبرون وجه قول ابي يوسف انهم لو اجبروا لثبت الحكم
بتبعية الجد وذلك لا يجوز لما مر في الفصل الأول ولأبي حنيفة ان ولد الولد في هذه الصورة

ولد من

ولد من حكم عليه باسلامه تبعا لأحد ابويه او تبعا للدار ولا صح معنى قول ابي يوسف لا تبعة
للدار انما يعتبر اذا لم يكن لأحد الأبوين موجود مع الصغير وهنا موجود فكيف يحكم باسلامه
ايضا تبعا لأحد ابويه والكلام فيما اذا ارتد الأبوان جميعا وولد المرتد مرتد ولهذا كان فيئا
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الإسلام اي يجبر ولد الولد
على الإسلام تبعا لجده المرتد واصل الجبر على الإسلام هو التبعية في الإسلام يعني يجعل ولد
المسلم مسلما باسلام الجد ام لا ففي ظاهر الرواية لا يجعل خلافا لما روى عن الحسن عن ابي حنيفة
وجه ما روى الحسن ان الجد له حكم الأب في انكاح الصغير والصغيرة ولهذا لا يكون لهما الخيار
بعد البلوغ وكذلك في بيع مال الصغير فكذا في تبعية الإسلام ووجه الظاهر ان الولد انما يتبع الأب
لأنه تفرع منه فيتبع الجد ايضا لأنه تفرع منه وجه الظاهر ما اشار اليه قوله وهي رابعة اربع مسائل
اي التبعية في الإسلام احدى اربع مسائل كلها على الروايتين فالجد فيها على رواية الحسن
كالأب وفي ظاهر الرواية لا والثانية صدقة الفطر ففي ظاهر الرواية لا يؤدي الجد الفطرة
عن ابن ابنه وفي رواية الحسن يؤديها اذا لم يكن مال كالأب لكن اذا كان الأب فقيرا او الى ثمه
جر الولاء قال الحاكم الشهيد في الكافي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء يعني اذا اعتق
الحائك معتق والأب رقيق لا يجر ولاء الحائك الى مواليه وعلى رواية الحسن يجر الجد
الولاء كالأب اذا اعتق ونقل الحاكم في الكافي عن الشعبي انه قال اذا اعتق الجد جر الولاء والرابعة
الوصية للقرابة فاذا اوصى لذوي قرابته او لأقربائه لا يدخل في الوصية الولد لأن الله تعالى
جعل اقرب من القرابة قال الله تعالى الوصية للوالدين والأقربين ثم الجد لا يدخل ايضا على
رواية الحسن لأنه كالأب وعلى ظاهر الرواية يدخل لأنه ليس كالأب اعلم معنى قولهم رابع ثلاثة
يصيرهم اربعة ومعنى قولهم رابع اربعة احدها لأن تحصيل الحاصل محال فلا يتحقق
معنى التصيير وقد عرف في موضعه قوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد
ويجبر على الإسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف
ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال زفر والشافعي اسلامه
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وقول زفر والشافعي ليس بمذكور فيه وقد ذكره
في شرحه قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارتد الغلام المراهق عن الإسلام لم يقتل فان
ادرك كافرا حبسته ولم اقتله وكان القياس ان لا يكون ردته قبل البلوغ شيئا وان اسلم فلا

مجوسي ثم كبر وعقل الا انه لا يعقل كان مسلما وهو قولهم جميعا ثم رجع ابو يوسف بعد ذلك
وقال اسلامه اسلام وكونه ليس بكفر الى هنا لفظ الحاكم اعلم ان الصبي العاقل اذا اسلم يصح
اسلامه استحسانا خلافا لزفر والشافعي ذكره الاستاذ فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
والمراد بالصحة ترتيب احكام الاسلام عليه نحو الارث من اقاربه المسلمين والحرمان
من اقاربه المشركين وحرمة نكاح المشركة في حقه وحل نكاح المؤمنة وبطلان مالية الخمر والخنزير
في حقه وعصمة دمه وماله وغير ذلك لانه امر مولى عليه في الاسلام فلا يكون اهلا له بنفسه
فلو كان اهلا بنفسه لم يكن موليا عليه ولانه تلزمه احكام تشوبها بضرره كحرمان الميراث ونحوه
والصبي اهل المرحمة لا المضرة فلا يعتبروا اسلامه للزوم المضرة ولان عقله
ناقص فلا يكتفى به للاسلام الذي هو ارفع الاشياء معرفة ولان قول الصبي غير ملزم
الا ترى انه لو طلق او عتق او باع او اشترى لا يجوز فكذا اذا اسلم ولنا ان ركن الايمان
قد وجد من اهله فوجب القول بصحته اما الاهلية فهي بالعقل والتمييز وذلك حاصل
لان كلامنا فيما اذا كان الصبي مميزا واما الركن فهو الاقرار باللسان والتصديق بالقلب
وقد حصل ذلك والحجر عن الايمان كفر فوجب القول بصحته ثم لما جعل مسلما باسلام ابويه حكما
تبعا لهما فلان يجعل مسلما باسلام نفسه حقيقة اولى واحرى والاحكام ليست بمقصودة
لذاتها بالاسلام لان المقصود به فوز السعادة الابدية ثم اذا ترتبت الاحكام عليها
لا يبالي بها لانها حصلت ضمنا وضمنيات الشيء لا تعلل وقد صح عن علي رضي الله عنه انه
اسلم في صباه ولا خلاف في ذلك من احد من الائمة حتى انه كان يفتخر به ويقول سبقتكم الى الاسلام
طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي يؤيده قوله تعالى يا يحيى خذ الكتاب بقوة وآتيناه الحكم صبيا
قيل في التفسير المراد من الحكم النبوة فلما كان الصبي اهلا للنبوة كان اهلا للايمان لا محالة
ولان الصبي مؤمن لا محالة ومن اقبح القبائح ان يسمى كافرا ولا يعتبروا ايمانه مع وجوده
حقيقة ومع اشتغاله بتعلم القران وتعليمه والعجب من الشافعي انه يصحح معرفته ما لو به ويقول
يختار الصبي ايهما شاء اذا وقعت الفرقة بينهما مع ان الصبي لا يختار منهما الا من
يطلق عنانه ويتركه على هواه وفيه فساد الصبي ولا يصح معرفته بخالقه خالق
العالمين ويشهد بتصديق قوله السموات والارضون والعرش والكرسي والانس
والجن والملك والطيور والوحوش وغير ذلك وفيه نفع للصبي اي نفع وفي كل شيء له آية تدل

على انه واحد

على انه واحد وجه قول ابي يوسف في الردة ان اسلامه انما صح استحسانا لكونه منفعة محضة
ولا يصح ردته لانها مضرة محضة الا ترى ان قبول الهبة منه يصح ورده لا يصح وهذا
لان الردة سبب لزوال العصمة عن النفس والمال فكانت مضرة فلم تصح كالطلاق ومذهب
ابي يوسف هو القياس في الردة وقد ذكرنا الرواية عن الكافي انفا ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان
اسلامه انما صح لان ركنه حصل من اهله فكذلك يصح ردته ايضا لانه اهل لكونه عاقلا مميزا
وركنها موجود وهو الكفر عن طوع الا انه لا يقتل لتمكن الشبهة في ردته اذ العقوبة تسقط
بالشبهة ويجبر على الاسلام لان فيه نفعا للصبي ثم لما صح ارتداد الصبي عند ابي حنيفة
ومحمد لا يرث ابويه المسلمين لانه مرتد والمرتد لا يورث احدا قوله لهما اي لزفر والشافعي فيه
اي في الاسلام قوله يشوبها يقال يشاب الماء اللبن والشوب الخلط قوله فلا يجعل له اي لا
يجعل الصبي اهلا للاسلام قوله وافتخاره بذلك اي افتخار علي بالاسلام مشهور وقد
دل عليه البيت الذي انشدناه انفا قال ابو منصور الثعالبي في بعض مصنفاته اول من
امن برسول الله صلعم من الكهول ابو بكر الصديق ومن الشبان زيد بن حارثة ومن
الصبيان علي بن ابي طالب وهو ابن سبع سنين ومن النساء خديجة بنت خويلد قال
لا خلاف في هؤلاء الاربعة بوجه من الوجوه واختلف الروايات في سن علي يوم سبقه
عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي وهو ابن ثمان وخمسين سنة وعن احمد بن حنبل
عن ابيه عن عبد الرزاق عن ابن جريج عن محمد ابن عمر بن علي ان عليا مات لثلاث او اربع
وستين او نحو ذلك وعن جعفر بن محمد عن ابيه قال اسلم علي وهو ابن سبع سنين ومات
وهو ابن سبع وخمسين سنة وروي عن الشعبي انه قال اقام علي بعد اسلامه مع النبي
صلعم عشرين ومع ابي بكر وعمر ثلاث وعشرة سنة ومع عثمان اثني عشرة سنة اولى خمس
سنين وقال القتيبي قال ابن اسحق قتل علي وهو ابن ثلاث وستين سنة وذكر الثعالبي
في اتفاق الاخبار وقال عاش رسول الله صلى الله عليه ثلاث وستين سنة وابو بكر
مثلها وعمر مثلها وعلي مثلها قوله وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل اي لا يصح ارتداده
كما لا يصح ارتداد الصبي الذي لا يعقل قال في شرح الطحاوي ارتداد السكران لا يكون
ارتدادا ولا تبين منه امراته وروي عن ابي يوسف انه تبين منه امراته وعقوده
نافذة وطلاقه واقع الا ان على قول عثمان لا يقع طلاقه الى هنا لفظه اعلم ان ردة السكران

لا يعتبر ردة لما روي ان بعض اصحاب رسول الله صلعم قرا قل يا ايها الكافرون لا
اعبد بحذف لا فنزل قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى
حتى تعلموا ما تقولون ووجه الاستدلال انه تعالى اطلق عليهم اسم الايمان مع ان مثل
هذا لو صدر من الصاحي كان ردة فعلم ان ردة السكران ليست بردة استحسانا
ذكر الاستحسان الحاكم الشهيد في الكافي والفرق بين ارتداد السكران حيث لا يصح عند
ابي حنيفة ومحمد ويصح طلاقه باتفاق اصحابنا ان الطلاق لا يتعلق بالقصد الصحيح و
هذا اذا طلق نائما يقع والكفر يتعلق بالقصد وهذا اذا سبق لسانه بالكفر لا
يكفر والسكران الذي لا يعقل ليس له قصد صحيح فلم يكفر لهذا ثم اعلم ان الرجل اذا ارتد يحبط جميع و
حجة الاسلام ثواب عمله وصلاته التي صلاها فان اسلم لزمه ثانيا ولذلك لو صلى صلاة ثم ارتد ثم اسلم في وقت
تلك الصلاة يلزمه اعادتها وكل من سب رسول الله صلعم او ابغضه كان مرتدا واما اذا تهود
من الكفار اذا فعلوا ذلك لم يجبروا ابدا لكن من تهود منهم امروا ان لا يعودوا فان عادوا عزروا وان قتلوا
كذا في شرح الطحاوي والالفاظ التي اذا تكلم بها المسلم يكون مرتدا تعرف في الفاظ الكفر في نسخ
الفتاوى وقال في شرح الطحاوي واذا تهود النصراني او تمجس او تنصر المجوسي فانه لا يؤمر بالرجوع
الى حاله الاول لانه لا يؤمر بالتحويل من كفر الى كفر وذكرنا هذه المسايل تكثيرا للفائدة لمن يرغب
في المزيد والله اعلم **باب البغاة** وتاخير هذا الباب لقلة وجوده والمراد من البغاة الخوارج
ولهذا ذكر هذا الباب في المبسوط بباب الخوارج وهي جمع الباغي كالقضاة في جمع القاضي والبغي الظلم
ووزن البغي في اسم الفاعل من المعتل اللام قياس مطرد كالغزاة في جمع الغازي وغير ذلك قال في فصول
الاستروشني لا بد من معرفة اهل البغي واهل البغي هم الخارجون على امام الحق بغير حق بيانه
ان المسلمين اذا اجتمعوا وصاروا امنين به فخرج عليهم طايفة من المؤمنين فان فعلوا ذلك لظلم ظلمهم
فهم ليسوا من اهل البغي وعليه ان يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغي للناس ان يعينوا الامام عليهم
لان فيه اعانة على الظلم ولا ان يعينوا الطايفة على الامام ايضا لان فيه اعانتهم على خروجهم على الامام
وان لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن ادعوا الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم اهل البغي فعلى كل من
يقوى على القتال ان ينصروا امام المسلمين على هؤلاء الخارجين لانهم ملعونون على لسان صاحب
الشرع فانه قال عليه الصلاة والسلام الفتنة نايمة لعن الله من ايقظها فان كانوا تكلموا بالخروج
لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس للامام ان يتعرض لهم لان العزم على الجناية لم يوجد بعد كذا ذكر

في واقعات

في واقعات الامام الامشي والعلاسي وتهذيبه قال بعض المشايخ لولا علي ما درينا
القتال مع اهل القبلة وكان علي ومن تبعه من اهل العدل وخصمه ومن تبعه من اهل
البغي وفي زماننا الحكم للغلبة ولا ندري العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا الى هنا
لفظ كتاب الفصول **قوله** واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم
الى العود الى الجماعة وكشف من شبهتهم وهذا لفظ القدوري في مختصره وعلل صاحب الهداية
بقوله لان عليا فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم يعني ان عليا دعا الخوارج حيث بعث ابن
عباس اليهم فناظرهم في ذلك فيدعون قبل القتال رجاء العود فان اهون الشيئين التشريع
وقال ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا ظهرت جماعة من اهل القبلة رايا وقاتلت
عليه وصار لها منعة سيلت عما دعاها الى الخروج فان ذكرت طلب النصفة من ظالمها والا
دعت الى الرجوع الى الجماعة قال ابو بكر الرازي في شرحه وانما سيلت عن ذلك لجواز ان يكون
خروجها للامتناع من ظلم جرى عليها او على غيرها فان كانوا ممتنعين من الظلم فهم محقون في خروجهم
لا يجب قتالهم بل تجب معاونتهم لانهم خرجوا للامر بالمعروف والنهي عن المنكر فاذا علم ان خروجهم
ليس بظلم لحقهم او لحق غيرهم دعوا الى الجماعة والدخول في طاعة الامام والاصل فيه قول
الله تعالى وان طايفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى
فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فاستفدنا من هذه الاية حكمين احدهما انه ما كان لنا
طمع في استصلاحهم ورجوعهم فعلينا ان ندعوهم ونستصلحهم ثم نقوم صلحا بينهما والثاني انهم
اذا لم يجيبوا الى الصلح والرجوع واظهروا البغي وجب علينا قتالهم ثم ينبغي لك ان تعرف نبذا من بيعة
علي وقتاله مع معوية قال ابو عبد الله محمد بن سعد مصنف كتاب الطبقات قالوا قتل عثمان
يوم الجمعة لثمان عشر ليلة مضت من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين وبويع لعلي بن ابي طالب
بالمدينة الغد من يوم قتل عثمان بالخلافة بايعه طلحة والزبير وسعد بن ابي وقاص وسعيد
بن عمرو بن نفيل وعمار بن ياسر واسامة بن زيد وسهل بن حنيف وابو ايوب الانصاري
ومحمد بن مسلمة وزيد بن ثابت وخزيمة بن ثابت وجميع من كان بالمدينة من اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم ثم ذكر طلحة والزبير انهما بايعاه كارهين غير طايعين
وخرجا الى مكة وبها عايشة ثم خرجا من مكة ومعهما عايشة الى البصرة يطلبون بدم عثمان و
بلغ عليا ذلك فخرج من المدينة الى العراق وخلف على المدينة سهل بن حنيف ثم كتب الى ان

يعني عليه وولى المدينة اباحسن المازني فنزل ذا قار وبعث عمار بن ياسر والحسن ابن
علي الى اهل الكوفة ليستنفرهم للمسير اليه فنفروا عليه فسار بهم الى البصرة فلقي طلحة و
الزبير وعائشة ومن كان معهم من اهل البصرة وغيرهم يوم الجمل في جمادى الاخرة سنة
ست وثلاثين فظفر بهم وقتل يومئذ طلحة والزبير وغيرهما وبلغت القتلى ثلاثة عشر
الف قتيل واقام علي بالبصرة خمس عشرة ليلة ثم انصرف الى الكوفة ثم خرج يريد معاوية
بن ابي سفيان ومن معه بالشام فبلغ ذلك معاوية فخرج فيمن معه من اهل الشام فالتقوا
بصفين في صفر سنة سبع وثلاثين فلم يزالوا يقتتلون بها اياما وقتل بصفين عمار بن
ياسر وخزيمة بن ثابت وابو عمرة المازني وكان الامر على دفع اهل الشام المصاحف يدعون
الى ما فيها وكانت مكيدة من عمرو بن العاص اشار بذلك الى معاوية ومن معه فكره الناس
الحرب وتداعوا الى الصلح وحكموا الحكمين فحكم علي ابا موسى الاشعري وحكم معاوية عمرو بن العاص
وكتبوا بينهم كتابا على ان يوافوا راس الحول باذرح فينظروا في امر هذه الامة فافترق الناس ورجع
معاوية بالالفة من اهل الشام وانصرف علي الى الكوفة بالاختلاف والدغل وخرجت عليه الخوارج
من اصحابه ومن كان معه وقالوا لا حكم الا لله وعسكروا بحروراء فبذلك سموا الحرورية
فبعث اليهم علي عبد الله ابن عباس وغيره فخاصمهم وحاجهم فرجع منهم قوم كثير وثبت قوم على
رايهم وساروا الى النهروان فعرضوا للسبيل وقتلوا عبد الله بن خباب بن الارت فسار اليهم علي
فقتلهم بالنهروان وقتل منهم ذا الثدية وذلك سنة ثمان وثلاثين ثم انصرف علي الى الكوفة فلم
يزل بها وهم يخافون عليه من الخوارج من يومئذ الى ان قتل واجتمع الناس باذرح في
شعبان سنة ثمان وثلاثين وحضرها سعد بن ابي وقاص وابن عمر وغيرهما من اصحاب رسول
الله صلعم فقدم عمرو ابا موسى الاشعري مكيدة منه فتكلم فخلع عليا وتكلم عمرو فاقر معوية وبايع له فتفرق
الناس على هذا الى هنا لفظ كتاب الطبقات من غير تغيير وحروراء قرية بالكوفة قال الجوهري
حروراء اسم قرية يمد ويقصر نسبت اليها الحرورية من الخوارج كان اول مجمعهم بها وتحكيمهم منها
يقال حروري بين الحرورية قوله ولا يبدأ القتال حتى يبدؤه فان بدأوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم
هذا لفظ القدوري في مختصره اي لا يبدأ الامام بقتال البغاة حتى يبدأوا القتال قال الشيخ ابو
الحسن الكرخي في مختصره قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة اذا وقعت الفتنة بين المسلمين
فينبغي للرجل ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة قالوا انما اراد ابو حنيفة بذلك

اذا لم يكن هناك امام يدعوا الى القتال وان كان امام يلزم اجابته والدليل على هذا ما قال
الكرخي ايضا في مختصره بعد قوله قال ابو حنيفة اذا كان الناس مجتمعين على امام من المسلمين
والناس امنون والسبيل امنة فخرج الناس ممن ينتحل الاسلام على امام اهل الجماعة فينبغي
للمسلمين ان يعينوا امام اهل الجماعة وان لم يقدروا على ذلك لزموا بيوتهم ولم يخرجوا مع
الذين خرجوا على امام اهل الجماعة ولم يعينوهم ثم قال وهذا قول زفر وابي يوسف ثم قال
في مختصره قال الحسن وكان ابو حنيفة يقول ينبغي للامام اذا بلغه ان الخوارج يشترون
السلاح ويتاهبون للخروج لقتال اهل الجماعة فينبغي للامام ان يبعث اليهم من
الجند من يقاتلهم وينبغي للمسلمين ان يساعدوا في ذلك ويقاتلوهم قال في شرح الطحاوي
فاذا قاتلوهم فمن قتل من اهل البغي لا يغسل ولا يصلى عليه ومن قتل من اهل العدل
فانه يفعل به ما يفعل بالشهيد وحكمه حكم الشهيد وقال في وجيزهم يذفف الجريح او لا
ولا يتبع المدبر اخرا فلو بطلت شوكتهم في الحال ولكن لم يؤمن غايلة اجتماعهم في المال
ففي جواز اتباعهم بالقتل وجهان ثم الاصل في جواز قتال البغاة قوله تعالى وان طائفتان
من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي
حتى تفيء الى امر الله اي حتى ترجع ولان عليا قاتل الخوارج بحضور من اصحاب رسول الله صلعم
من غير نكير منهم فحل محل الاجماع ولان في اجتماعهم مفسدة عظيمة فيجب تفريقهم بالقتال
دفعا لها والذي روي عن ابن عمر وغيره من الصحابة من قعودهم وترك الاعانة فذاك
محمول على عدم قدرتهم على القتال اذ العاجز لا يلزمه الحضور قوله وذكر الامام المعروف بخواهرزاده
وهو الامام ابو بكر محمد بن الحسين البخاري ويسمى خواهرزاده لانه كان ابن اخت القاضي الامام
ابي ثابت قاضي سمرقند وكان خواهرزاده اماما كاملا في الفقه بحرا غزيرا صاحب التصانيف
ومبسوطه اطول المباسيط وكانت وفاته فيما بلغنا في السنة التي توفي شمس الائمة
السرخسي سنة ثمان وثمانين واربعمائة وكان وفاة القدوري سنة ثمان وعشرين و
اربعمائة قوله وهم مسلمون اي البغاة مسلمون بدليل قوله تعالى فان بغت احداهما على الاخرى اي
احدى الطائفتين من المؤمنين وقد سمى البغاة مؤمنين كما ترى قوله لان نفس الكفر يبيح
يعني ان علة اباحة القتل هو الكفر عند الشافعي وعندنا العلة هي الحراب قوله ولنا ان الحكم
يدار على الدليل وهو الاجتماع يعني ان المقصود من قتال البغاة دفع شرهم فاذا وجد دليل

الشر وهو اجتماعهم وتعسكرهم يجب دفعهم بالقتال والدفع هو الحكم المرتب على شرهم فلا حاجة
الى انتظار حقيقة الشر لانه ربما يحصل لهم شوكة وقوة يقع منها على المؤمنين امر عظيم لا
سادى ولهذا يضرب لهم المثل السائر سمن كلبك ياكلك قوله حتى يقلعوا اي لا قدرة لامتناع منه
قوله عليه الصلاة والسلام اقلعوا عن المعاصي قبل ان ياخذكم الله قوله عن الفساد والعناد يعني
البحر الكفاية فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا
لان الغرض من قتال البغاة ازالة شرهم لو تقاتلهم حتى تفيء الى امر الله فاذا كانت لهم فئة يلجأ المولى اليها
فالغالب انه يعود باغيا فلهذا يجوز قتله وكذلك الجريح اذا كانت فئة يذفف عليه لان الغالب
من حال الجريح ان يداوى فيعود باغيا بالا ان لم يكن لهم فئة البغاة جاز قتله وعند الشافعي اذا بطلت
شوكتهم في الحال ولكن لهم فئة يخاف اجتماعهم في الحال يجوز اتباعهم بالقتل وجهان لان في الخلاصة
اذ انه دفع شرهم فلا حاجة الى الاتباع وهذا لان قتالهم على وجه الدفع فصار كقتال الخوارج
قلنا لا نسلم ان قتالهم على وجه الدفع ولهذا يجب قتالهم بمجرد امتناعهم عن احكامنا وتحيزهم بلا
الى قتال ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان المعتبر وجود القتال منهم حقيقة بل المعتبر دليل القتال وذلك
حاصل اذا كانت لهم فئة فلو النظر الى وجود القتال حقيقة ربما لا يمكن دفع شرهم بعد ذلك
يقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت قتله وهذه الافعال في المتن يعني قوله اجهز واتبع ولم يجهز
ولم يتبع كل ذلك على صيغة المبني للمفعول قوله دونها اي دون اجازة جريحهم واتباع موليهم قوله في الحالين
اي فيما اذا كان لهم فئة او لم يكن فئة قوله دليله اي دليل القتال قوله ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم
لهم مال هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا لما روي عن علي انه قال يوم الجمل لا يغنم لهم مال
ولا يسبى لهم ذرية ولانهم مسلمون فلا يغنم مالهم كذا في شرح الاقطع ويوم الجمل هو اليوم الذي
كان فيه وقعة عائشة وانما سمي يوم الجمل لان عائشة كانت يومئذ على جمل قوله وهو القدوة في
هذا الباب اي علي رضي الله عنه هو المقتدى في باب قتال الخوارج والقدوة اسم للاقتداء كالاسوة
اسم للائتساء يقال فلان قدوة اي يقتدى به قوله وقوله في الاسير اي قول علي في الاسير ولا
يقتل اسيرا دليل ذلك فيما اذا لم يكن فئة اما اذا كانت لهم فئة فان شاء الامام قتل الاسير وان شاء
حبسه دفعا للشر بقدر الامكان وهو المراد بقوله لما ذكرنا قوله ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم
ان احتاج المسلمون اليه هذا لفظ القدوري قال في وجيزهم واما سلاحهم وخيولهم فلا يجوز استعمالها
في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا تقتله لانه تصرف في مال المسلم بغير اذنه فلا يجوز

ولنا

ولنا ان عليا قسم ما اصاب من سلاح اهل البغي بين اصحابه ثم لما بلغت الحرب اوزارها رد عليهم
وكانت القسمة قسمة انتفاع لدفع الحاجة لا قسمة تمليك ولان للامام ان يستعين بسلاح
اهل العدل عند الحاجة فاولى ان يستعين بسلاح اهل البغي وقال في شرح الاقطع اخذ
رسول الله صلعم درعا من صفوان بغير اختياره قوله والكراع على هذا الخلاف اي جواز استعمال
الكراع عند الحاجة عندنا ولا يجوز عند الشافعي وقال في ديوان الادب الكراع الخيل قوله والمعنى
فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الضرر الاعلى اي المعنى المبيح في استعمال اسلحة اهل البغي و
كراعهم هو الحاق الضرر الادنى وهو ضرر صاحب السلاح وصاحب الكراع لدفع الضرر الاعلى
وهو الضرر العام الواقع على عامة المسلمين فيحتمل الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم
فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان
الامام يحبس اموال اهل البغي دفعا لشرهم وكسرا لشوكتهم كيلا يستعينوا بها علينا ولا يقسمها
بين اهل العدل الى ان يتوب اهل البغي لان مالهم لا يملك بالقهر والغلبة لان الاسلام عاصم للنفس
والمال جميعا فاذا تابوا ردت اموالهم الى روسهم ويباع كراعهم اذا لم يكن لاهل العدل حاجة الى
استعمالها ويحفظ ثمنها الى اربابها اذا تابوا لان حفظ الكراع يحتاج الى مؤنة والثمن لا مؤنة
في حفظه فكان حفظ الثمن ايسر وانظر لهم فعلا ولصاحب الكراع جميعا واما السلاح فانه
يدفع الى اربابه بعد ما تضع الحرب اوزارها قوله واما الرد بعد التوبة فلان فات الضرورة
ولا استغنام فيها يعني ان اموال اهل البغي لا تستغنم لعصمتها فلا تقسم لاجل هذا بين اهل
العدل لكنها حبست ضرورة دفع الشر فاذا انتفت الضرورة بتوبتهم ردت اليهم قوله وما
جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم ياخذه الامام ثانيا وهذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه ان كانوا صرفوه في حقه اجزى من اخذ منه وان لم يكونوا صرفوه
في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك وقوله من الخراج والعشر بيان لقوله وما
جباه اعلم ان اهل البغي اذا اخذوا العشر والخراج لا يوخذ ثانيا لان الاخذ باعتبار الحماية ولا توجد
الى قول عمر ان كنت لا تحميهم ولا تجبيهم ثم ان كان صرفه اهل البغي ما اخذوه في وجهه فلا اعادة
اصلا لا قضاء ولا ديانة لان الحق وصل الى مستحقه وان لم يصرفوه في وجهه فلا اعادة عليهم
قضاء ولكن يفتي اربابها بان يعيدوا ذلك فيما بينهم وبين الله تعالى لان سقوط المطالبة
قضاء لا يوجب سقوطها ديانة ولكن قال مشايخنا لا اعادة عليهم في الخراج ديانة ايضا لان محل

الخراج لكونهم مقاتلة وكذلك لا اعادة عليهم الجزء في العشر اذا كان اهل البغي صرفوا لان مصرف
العشر هم الفقراء من اهل الاسلام وقد وجد قوله وقد بيناه في الزكوة اي قبيل فصل في الفضة قوله
من المستقبل باخذه الامام اي قال بعض المشايخ وفي الحول الاتي ياخذ الامام الخراج والعشر لحمايته
بظهوره لانه قوله فيه اي في المستقبل من الزمان قوله ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم
ظهر عليهم فليس عليه شيء وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في اهل البغي اذا كانوا في عسكر فقتل رجل منهم رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا عليهم قال ليس
عليه شيء اي لا يجب على القاتل دية ولا قصاص وهذا لانه قتل نفسا يباح قتلها الا ترى ان
العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء ولان اهل العدل ان يقتلوهم لكسر شوكتهم فلما كان يباح قتلها
لا يجب شيء ولان القصاص لا يستوفى الا بالولاية بالمنعة ولا ولاية لامامنا عليهم فلم يجب
شيء فصار كالقتل الذي وجد في دار الحرب قوله وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر عمدا ثم
ظهر على المصر فانه يقتص منه وهذه من مسائل الجامع الصغير اي وان غلب البغاة على المصر
وذلك لانه قتل نفسا معصومة في دار الاسلام بغير حق ومن قتلها بغير حق وجب عليه القصاص
واستيلاؤهم كان بعارض فلما زال صار كان لم يكن قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
وانما معنى المسئلة انهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم حتى ازعجهم امام العدل من اهل المصر فلذلك
وجب القود قوله وان ازعجوا قبل ذلك اي ازعج اهل البغي قبل اجراء احكامهم على اهل المصر قال في الديوان
ازعجه اي قلعه من مكانه قوله وفي ذلك لم ينقطع ولاية الامام اي فيما لم يجر احكامهم قوله واذا قتل
رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في العادل يقتل الباغي قال يرثه وان قتل الباغي العادل وقال كنت على حق وانا
الان على حق ورثه وان قال كنت على باطل لم يرثه وقال ابو يوسف لا ارثه في الوجهين اي فيما
اذا قال كنت على حق وفيما اذا قال كنت على باطل واصله ان ما تلف بين اهل العدل والبغي من نفس
او مال فلا ضمان فيه على واحد من الفريقين لكنه ياثم الباغي وقال الشافعي في القديم يجب على
الباغي ضمان النفس والمال وفي الجديد لا ضمان عليه وجه قوله في الضمان انه متعدي فيضمن
كما لو اتلف قبل ان يكون لهم منعة بخلاف فعل العادل فانه فعله حق فلا يجب الضمان
وجه قولنا ما ذكر اصحابنا في كتبهم كفخر الاسلام وغيره عن الزهري انه قال وقعت
الفتنة واصحاب رسول الله صلعم متوافرون فاتفقوا على ان كل دم استحل بتاويل القران فهو

موضوع

موضوع وكل مال استحل بتاويل القران فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل القران فهو موضوع وما
كان قائما يرد قال في تحفة الفقهاء هذا اذا اتلفوا في حال المنعة فاما اذا اتلفوا مالهم او نفوسهم
قبل ظهور المنعة او بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم من اهل دار الاسلام قال هذا جواب
الحكم ويفتى ان يضمن كل واحد من الفريقين للاخر ما اتلف من الانفس والاموال لكونها مضمونة
في هذه الحالة الا بطريق الدفع ولان التاويل الفاسد ينزل منزلة الصحيح في حق دفع التاويل لم
الضمان لان كلامنا فيما اذا كانت لهم منعة دافعة فصح في حق الدفع فلم يجب الضمان بيانه
ان الخوارج يستحلون دما المسلمين بالمعصية صغيرة كانت او كبيرة لقوله العادين نعص
الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها وتاويلهم هذا وان كان فاسدا لكنه معتبر في حق
دفع الضمان لما روينا عن الزهري انفا ثم قال ابو يوسف وهو قول الشافعي ان الباغي اذا قتل
مورثه العادل لا يرثه لانه قتل بغير حق وتاويله الفاسد يعتبر في حق الدفع لا في حق
استحقاق الميراث فيحرم الارث بخلاف ما اذا قتل العادل الباغي حيث لا يحرم الارث بالاتفاق
لانه قتل بحق وقال ابو حنيفة ومحمد ان التاويل الفاسد جعل كالصحيح في حق احكام الدنيا ولهذا
لا يجب به الضمان لا دية ولا قصاصا ولا كفارة فلا يجب الحرمان ايضا وتحقيقه ان
سبب الارث وهو القرابة موجودة فاعتبر تاويله في حق دفع الضمان فيعتبر في دفع الحرمان
عن الارث ايضا لكن شرط الارث ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانته
فلا ارث كما اذا قال كنت على الباطل قوله وقال الشافعي في القديم انه يجب اي قال في القول القديم
يجب الضمان قوله وعلى هذا الخلاف اذا مات المرتد وقد اتلف نفسا او مالا اي لا يجب الضمان
عندنا وعلى قول الشافعي في القديم يجب قال الامام الولوالجي في فتاواه ولذا المرتدون اذا
اتلفوا عند ما بانوا او في حالة الحرب لا يضمنون لان هذا اتلاف حصل ممن لا يعتقد وجوب
الضمان بسببه في حال ليس لنا ولاية الالزام عليه فلا يواخذ به قياسا على اهل الحرب اذا
اسلموا فانهم لا يضمنون ما اتلفوا قوله لما انه اتلف اي للشافعي قوله رواه الزهري ذكرناه انفا
وهو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري من كبار التابعين مات سنة اربع و
عشرين ومائة وهو ابن اثنين وسبعين سنة قوله وهذا لان الاحكام لا بد فيها من
الالزام والالتزام اشارة الى قوله والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا و
ياثم بيانه ان احكام الشرع في حق الدنيا اما بالالزام او بالالتزام ولم يوجد الالزام على

الباغي لوجود منعة اهل البغي بخلاف ما قبل ظهور المنعة لان ولاية الامام ثابتة عليهم باقية
كما كانت وكذا لم يوجد الالتزام من الباغي لتاويله الفاسد ان مال العادل مباح ويجوز اراقة
دمه لان من عصى الله تعالى صغيرة او كبيرة فقد كفر بخلاف الاثم فانه يثبت سواء كان لهم منعة
او لم تكن لان عصمتهم في حق الشارع كالمنعة فلا يكون وجود منعتهم دافعا للاثم قوله فيه
اي لابي حنيفة ومحمد اذا قتل الباغي العادل قوله فيعتبر الفاسد منه اي تاويل الفاسد في دفع
الضمان قوله الا من شرطه الستنا عن قوله فيعتبر الفاسد اي من شرط اعتبار التاويل
الفاسد بقاء الباغي على ديانته قوله الدافع اي الدافع للضمان قوله قال ويكره بيع السلاح من
اهل الفتنة وفي عساكرهم وهذه من خواص الجامع الصغير وتمامه فيه وان كان ابو حنيفة
لا يرى باسا بالبيع بالكوفة من اهل الكوفة ممن لا يعرف من اهل الفتنة وانما كره البيع
من اهل الفتنة لئلا يكون اعانة على المعصية قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى
ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وليس هذا بيع العصير ممن يجعله خمرا حيث لا يكره لان
العصير ليس بالة للمعصية وانما يصير الة لها اذا تبدل وصار خمرا والسلاح نفس
الة للمعصية والفتنة فيكره بيعه من اهل الفتنة بخلاف ما اذا باع من اهل الكوفة
ممن لا يعرفه من اهل الفتنة حيث لا يكره لان امرهم محمول على الجهاد لان امور المسلمين
محمولة على الصلاح والسداد دون الفساد وهذا في السلاح اما فيما لا يقاتل به الا بصنعة
يحدثه كالحديد فلا باس ببيعه من اهل الفتنة نظيره بيع المزامير والطنابير يكره وبيع الخشب
لا يكره وبيع الخمر باطل ولا باس ببيع العصير ممن يتخذه خمرا وانما خص البيع بالكوفة وان كان
هذا الحكم كذلك في غيرها لما ان الخوارج ظهروا من ثمة قوله يكره بيع المعازف قال صاحب ديوان
الادب المعزف ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن قال في تحفة الفقهاء كل من لا يباح قتله من اهل
الحرب لا يباح قتله من اهل البغي الا اذا وجد القتال من العبيد والنسوان والشيوخ فحينئذ يقتلون في حالة القتال
وبعد الانهزام لا يباح ويكره ان يبعث برؤس البغاة او الحربي الى الافاق الا اذا كان في ذلك
وهن لهم فلا باس به ثم قتلى اهل العدل شهداء يفعل بهم ما يفعل بالشهداء يكفنون في ثيابهم ولا يغسلون
ويصلى عليهم واما قتلى اهل البغي فلا يصلى عليهم سواء كان لهم فئة او لم تكن هو الصحيح ولكن يغسلون
ويكفنون ويدفنون لان هذا من سنة الموتى واما قضاء قاضي اهل البغي لا يصح لاحتمال انه قضى بما هو
باطل عندنا لانهم يستحلون اموالنا ودماءنا ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضيهم لما ذكرنا من الاحتمال

واذا

واذا تابوا ورجعوا ينظر الامام في قضاياه ان قضى بما هو الحق بشهادة العدل ينفذ والا فيرد الكل
فاما اذا انصبوا قاضيا من اهل العدل فان قضاءه نافذ لان لهم شوكة وقوة فامكن للقاضي تنفيذ
قضاياه بقوتهم هذه المسائل الى هنا لفظ التحفة ذكرناها لتكثير الفائدة والله اعلم بالصواب

كتاب اللقيط ذكر اللقيط واللقطة بعد السير لما ان النفوس والاموال في الجهاد على شرف
الهلاك فكذلك اللقيط واللقطة لكون النفس اعز من المال وانما قدم السير عليهما لان في السير
اعلاء كلمة الله تعالى واخلاء العالم عن فساد الذي هو راس كل معصية وهو الكفر والجهاد فرض على سبيل
الكفاية لقوله تعالى اقتلوا المشركين او فرض عين اذا كان النفير عاما وقد مر ذلك والالتقاط
مندوب اليه لقوله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا غاية ما في الباب انه يجب الالتقاط
اذا خيف الضياع على اللقيط ولا شك ان مرتبة الفرض اقوى فكان تقديمه اولى وقول صاحب الهداية
اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط معناه ان اللقيط بمعنى ملقوط فعيل بمعنى مفعول
وليس هو بملقوط في الحال وانما سمي به باعتبار المال والعاقبة لانه سيلقط ثم هو اسم في الشريعة
لما يوجد مطروحا على الارض من صغار بني ادم واللقطة اسم لما يوجد مطروحا في الارض قال في
التحفة اللقيط يساوي الصبي الذي ليس بلقيط في جملة الاحكام وله احكام على الخصوص منها
ان التقاطه واجب على كل من وجده لانه في تركه ضياعه فيجب عليه صيانته ومنها انه اذا
التقطه فان شاء يتبرع بتربيته والانفاق عليه وان شاء رفعه الى السلطان فتربيته
احق من المال بيت المال والانفاق عليه اذا لم يكن له مال فان كان له مال كان نفقته منه ولو انفق الملتقط
ليرجع عليه بعد بلوغه ان كان باذن القاضي يرجع والا فلا ومنها ان الولاية عليه للسلطان
في حق الحفظ وفي حق التزويج ومنها ان ولاءه لبيت المال فيكون عقله على بيت المال وكذا
ميراثه لبيت المال اذا لم يظهر له وارث ومنها انه حر هذا حاصل ما قال في التحفة قوله قال اللقيط
حر اي قال القدوري في مختصره وهذا المروي في الاصل عن علي رضي الله عنه انه قال اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين
وعن عمر رضي الله عنه مثله وعن شريح وابراهيم مثله لان الاصل في بني ادم الحرية
والرق بعارض الكفر ولم يوجد العارض فوجب العمل بالاصل فاعتبر مسلما تبعا للدار قال في شرح
الطحاوي اللقيط حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد وتجوز شهادته
بعد البلوغ اذا كان عدلا ويصح تدبيره واعتاقه وكتابته والجناية له وعليه كما للاحرار قوله
ونفقته في بيت المال هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا المروي في كتب اصحابنا ان رجلا

منبوذا وانى به بل فقال نعم نفقته علينا وهو حر لانه مسلم فقير ليس بقادر على الكسب ولا قرابة بينه
وبين الملتقط او حده فوجب نفقته فى بيت المال كسائر فقراء المسلمين ولان ارثه لبيت المال
فيكون مؤنته فيه ايضا لان الغرم بالغنم وهذا اذا جنى جناية خطاء على انسان يكون عقله على بيت
المال ولو انفق عليه الملتقط فهو متطوع الا انه يامره القاضى بذلك على ان يكون دينا عليه فهو
دين عليه اذا كبر لانه انفق عليه بامر من يلى عليه وان امره القاضى عليه بذلك مطلقا ولم يقل
على ان يكون دينا عليه ذكر فى العصام انه يكون دينا عليه ويرجع عليه وذكر فى الكافى انه لا يكون
دينا عليه ولا يرجع عليه وهذا اصح لان الامر المطلوب قد يكون للحث فى الاتمام ما شرع فيه من التبرع
وقد يكون للرجوع وانما يزول هذه الاحتمال اذا اشترط ان يكون دينا عليه وان كان مع اللقيط
مال او دابة فهو له ينفق عليه منه بامر القاضى لان اللقيط حر وما فى يده فهو له بظاهر يده
كذا ذكره فى الفتاوى الولوالجى قوله فاشبه المقعد الذى لا مال له اى اشبه اللقيط المفقود الذى
لا مال له يعنى اذا لم يوجد له قرابة من احد حيث تجب نفقته فى بيت المال فكذا اللقيط قوله والخراج
بالضمان فالمراد بالخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام منه الخراج بالضمان اى الغلة بسبب
ان ضمنته اى ان ميراث اللقيط لما كان لبيت المال كانت مؤنة نفقته فى بيت المال لان الغرم بالغنم
قوله والملتقط متبرع بيانه من يقال برع بضم العين براعة فهو بارع اذا فضل على اقرانه ومنه
تبرع بالجود اى تفضل قوله قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان ياخذه منه اى قال القدورى
فى مختصره وذلك لان يد الملتقط سبقت اليه وكان اولى به لسبقه كما فى سائر المباحات ولانه
لا يتفاوت سبب الاحيا فمن وجد ذلك من جهته كان اولى من غيره كالولادة قوله فان ادعى
مدع انه ابنه فالقول قوله هذا لفظ القدورى فى مختصره قال صاحب الهداية معناه اذا
لم يدع الملتقط نسبه وانما شرط هذا لان الذى فى يده اذا ادعاه مع دعوى غيره معا
او قبل دعوى غيره فهو ابن الذى فى يده اما اذا لم يدعه من هو فى يده فهو ابن المدعى سواء احد فيه
الذى هو فى يده او كذبه كذا ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخى فى مختصره وهذا لفظ الذى ذكره
القدورى استحسان والقياس ان لا يقبل لان دعواه يتضمن ابطال ما ثبت للملتقط
من حق الحفظ وما للعامة المسلمين من الولاء فلا يقبل من غير بينة ووجه الاستحسان انه يدعى
الملتقط ليست بمستحقة وهى ضعيفة يمكن الحاكم ازالتها اذا راى المصلحة فيها وفى دعوى
الخارج نسب اللقيط نفع له من حيث وجوب النفقة والحضانة فيقبل قوله ثم اختلف المشايخ

فقال

فقال بعضهم يقبل قوله فى حق ثبوت النسب لا فى ابطال يد الملتقط وقال بعضهم يقبل فيهما جميعا
لان من ضرورة ثبوت النسب للقيط من الخارج بطلان يد الملتقط لان الاب احق بالولد
من الاجنبى وهذا معنى قوله يبتنى عليه بطلان يده اى يبتنى على ثبوت النسب بطلان يد
الملتقط لان الاب احق بالولد من الاجنبى قال الكرخى فى مختصره فان سبق الذى هو فى
يده بالدعوى او الخارج فهو للمدعى الاول منهما الا ان يقيم الاخر بينة انه ابنه فيكون ابن الذى
اقام البينة دون المدعى قوله ويصير بعد مه اى بعد اللقيط بعد النسب قوله فى حقه اى فى حق
النسب قوله ولو ادعاه الملتقط قيل يصح استحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان ذكره
صاحب الهداية تفريعا لمسئلة القدورى ولم يذكر الكرخى القياس والاستحسان وانما ذكرهما
الطحاوى فقال القياس ان لا يصح دعواه الا بالبينة وفى الاستحسان يصح بغير بينة ثم اعلم
ان وجه القياس هنا غير وجه القياس فى دعوى الاجنبى بيانه ان دعوى الاجنبى انما لا يصح
قياسا للزوم بطلان حق الملتقط ودعوى الملتقط انما لا يصح قياسا للتناقض كلامه لانه
لما زعم انه لقيط كان ثابت نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا فى يده ثم لما ادعى انه ابنه كان
مناقضا لا محالة ووجه الاستحسان ظاهر وهو ان فيه نفعا للصبى من حيث وجوب
النفقة والحضانة وثبوت النسب ويحصل له الشرف بذلك وما قيل من التناقض فى
وجه القياس ليس بمعتبر لاشتباه الحال فربما يكون الصبى منبوذا لبعض الحوادث
فيظن الملتقط انه لقيط ثم يتبين انه ولده فلا تناقض اذا وقد عرف فى الاصل
اى فى المبسوط وبيانه هو ما ذكرناه قوله وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة فى جسده
فهو اولى يعنى اذا ادعى نسب الولد رجلان خارجان لانه اذا كان احدهما ذا اليد كان هو اولى
به الا اذا اقام الاخر البينة قال الحاكم الاسبيجابى ولو ادعاه رجلان انه ابنهما فان كان احدهما
مسلما والاخر ذميا فانه يقضى به للمسلم وان كانا مسلمين فايهما اقام البينة قضى له ولو اقاما
جميعا البينة قضى لهما ولو لم يقيما البينة غير ان احدهما وصف فى جسده علامات
فاصاب والاخر لم يصف فانه يجعل ابن الواصف وان لم يصف كل منهما فانه يجعل ابنهما
وذلك لان العلامة يجب ان يكون موجودة كما فى متاع البيت وقيل ان خالف بعض العلامة
ووافق البعض لا يترجح به للمعارضة كذا ذكر البيهقى فى كفايته والذى يؤكد ذلك
قوله تعالى ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من

دعوى فكذبت وهو من الصادقين قال الشيخ ابو نصر البغدادي لانه هذا اذا ادعى رجلان صبيا في يد غيرهما ووصف احدهما علامة انه لا يستحق بالعلامة شيئا لان العلامة تدل على يد كانت ويد كانت لا يستحق الدعوى انه لو اقام المدعي البينة ان الصبي كان في يده ما يستحق الصبي بذلك ولو اقام احد على نسب اللقيط البينة انه كان في يده قبل ذلك فهو احق به فكذلك الاخر يكون اولى به لاجل العلامة التي تدل على تقدم اليد وهذا خلاف ما اذا لم يصف واحد منهما حيث يكون اللقيط بينهما لتساويهما في سبب الاستحقاق وقال في شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين روي عن ابي حنيفة انه يجوز الى خمسة وقال ابو يوسف يثبت من اثنين ولا يثبت اكثر من ذلك وعن محمد يجوز من ثلاثة ولا يجوز اكثر من ذلك وقال في الشامل في قسم المبسوط ادعته امراة انه ابنها لم تقبل الا ببينة لان في دعوة المراة تحميل النسب على الزوج واذا ادعته امراتان واقامتا البينة فهو ابنهما عند ابي حنيفة وفي رواية ابي حفص وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية ابي سليمان عن ابي حنيفة لتيقننا بعدم كونه مولودا منهما ولابي حنيفة جعل مجازا عن دعوى الارث والتربية وهو من احكام النسب كما في حق الرجلين وقال في وجيزهم ولو ازدحم اثنان قدم من سبق فان استويا قدم الغني على الفقير والبلدي على القروي والقروي على البدوي وكل ذلك نظر للصبي والظاهر العدل ان يقدم على المستور في احسن الوجهين فان تساويا من كل وجه اقرع بينهما وسلم الى من خرجت قرعته الى هنا لفظ الوجيز قوله اذا وجد في مصر من امصار المسلمين او قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا استحسان والقياس ان لا يثبت نسبه من الذمي لان المنبوذ في دار الاسلام محكوم عليه بالاسلام بدليل الصلاة عليه اذا مات ودفنه في مقابر المسلمين واذا ثبت اسلامه بحكم دار الاسلام لا تصح الذمي على دعواه لان كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه ووجه الاستحسان ان دعواه تضمنت شيئين النسب وابطال الاسلام فالاول يصح لان فيه نفعا للصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة والثاني لا يصح لان فيه ضرر الصبي ولا يمتنع ان يكون للذمي ولد مسلم ولهذا يكون ولده مسلما اذا اسلمت امه قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن محمد في النوادر في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني قال فهو ابنه وهو مسلم ان كان عليه زي الاسلام فاني اجعله مسلما واثبت نسبه من النصراني لان ذلك لا يضره وينفق عليه قال فان كان عليه زي الشرك فهو ابنه وهو نصراني على دينه وذلك ان يكون في رقبته صليب وعليه قميص ديباج ووسط راسه مجزوز الى هنا لفظه قوله فيما ينفعه وهو الاسلام قوله دون ما يضره وهو ابطال الاسلام قوله واذا وجد في قرية من

اهل

اهل الذمة او في بيعة او كنيسة فهو ذمي هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه لما وجد في مواضع مختصة بهم كان الظاهر من حاله انه منهم وكان ذميا وان كان في جميع الحوادث ان يكون من غيرهم ولهذا يحكم بكفر منبوذ وجد في دار الحرب بدلالة الظاهر وان جاز ان يكون ولد مسلم تاجر او اسير وهذا الذي ذكرناه فيما اذا وجده ذمي في مواضع اهل الذمة رواية واحدة اما اذا وجده مسلم في مواضعهم قال في شرح الطحاوي قد اختلفت الرواية فيه في رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان وفي رواية كتاب الدعوى اعتبر الاسلام اي اعتبر ما يوجب الاسلام ايهما كان من المكان والواجد وفي رواية ابن سماعة عن محمد اعتبر الواجد وجه الاول القياس على ما وجد في دار الحرب حيث لا يكون مسلما وهذا لان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح ووجه الثاني النظر للصبي ووجه الثالث انه كالمباحات التي تستحق بسبق اليد فكان اعتبار الواجد اولى ولان اعتبار اليد اقوى من اعتبار المكان كالصبي المسبي مع احد ابويه يعتبر كافرا بدلالة ابويه لا مسلما بدار الحرب وقال في كفاية البيهقي وقيل يعتبر السيما والزي لانه حجة لقوله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى تعرف المجرمون بسيماهم قوله وفي بعض النسخ اي نسخ المبسوط قوله وفي بعض نسخه اي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط قال في الفتاوى الولوالجي فالحاصل ان هذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكفار ففي هذين الوجهين اختلفت الروايات في رواية يعتبر المكان وفي رواية يعتبر ما يوجب الاسلام ايهما كان فعلى هذه الرواية يحكم باسلامه في هذين الوجهين قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك ان الاصل في بني ادم الحرية لان الناس كلهم اولاد آدم وحواء وهما كانا مسلمين حرين وكان اولادهما احرارا بتبعيتهما والرق بعارض الكفر فكانت الحرية هي الظاهر والحكم بالظاهر الى ان يثبت خلافه بالبينة فان قيل البينة لا تقوم الا على خصم منكر ولا خصم هنا قلنا الملتقط خصم لانه احق بحفظه ولا تزول يده الا بالبينة قوله فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكان حرا وذلك لان دعواه تضمنت شيئين النسب والرق ففي الاول ينتفع الصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب فيثبت ذلك وفي الثاني ضرر فلا يثبت ذلك ولان الظاهر هو الحرية كما بينا انفا فلا يبطل ذلك بالشك

قوله والى فى دعوة اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمى توجيها لما هو الانظر فى حقه اى فى حق اللقيط وانما ذكرهذا تنويعا لمسئلة القدورى ثم كون المسلم اولى من الذمى فيما اذا ادعياه وهما خارجان اما اذا كان احدهما ذا اليد كان هو اولى وقد ذكرنا رواية الكرخى فيه من قوله فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله وكذا اذا ادعى الذمى انه ابنه وادعى المسلم انه كان ابن الذمى لان دعوى رق اللقيط لا يصح الا بالبينة وقد مر ذلك قبيل هذا قال فى الفتاوى الولوالجى ولو وجد العبد اللقيط ثم بعث فى ذلك الا بقوله وقال المولى كذبت بل هو عبدى فالقول قول المولى ان كان العبد محجورا لانه ما فى يد المحجور كان فى يد المولى لانه ليس له يد على نفسه ولهذا لو اقر بعين اخر فى يده لغير المولى لم يصح اقراره اذا كذبه المولى كما لو كان العين فى يد المولى وان كان ماذونا له فى التجارة فالقول قول العبد لان الماذون له يد على نفسه ولهذا لو اقر بعين اخر فى يده لغير المولى يصح اقراره وان كذبه المولى فيكون القول قوله فيما بيده قوله وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له هذا لفظ القدورى فى مختصره وذلك لان اللقيط فى دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فما كان معه كان له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه اصله القميص الذى عليه قال الحاكم فى الكافى واذا وجد اللقيط على دابة فالدابة له ثم الملتقط ينفق عليه من ذلك المال بامر القاضى لعموم ولاية القاضى وهذا لانه نصب ناظرا للمسلمين وهو ظاهر الرواية وقال فى الشامل يصدق فى نفقته مثله وقيل لا بغير امر القاضى لان المال للقيط ظاهرا فيصرف الواجد اليه بالانفاق عليه وليشهد الظاهر بما قلنا لان موضع المال معه انما وضعه لينفق منه عليه والعمل بالظاهر واجب الى ان يثبت خلافه لانا لا نعلم ذلك الباطن قوله وهو عليها اى على اللقيط على الدابة قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله اعتبارا للظاهر قوله ولاية صارف مثله اليه اى مثل المال الضايع اليه قوله ولا يجوز تزويج الملتقط هذا لفظ القدورى فى مختصره وتمامه فيه ولا يتصرف فى مال اللقيط قال الحاكم فى الكافى ولا يجوز للملتقط على اللقيط ذكرا كان او انثى عتق نكاح ولا بيع ولا شراء هذا لفظه وانما لم يجز ذلك لان التزويج والتصرف فى المال لا يصح الا بولاية اوامر من له الامر وسبب الولاية القرابة او الملك او السلطنة ولم يوجد واحد منها فلا يثبت الولاية لعدم سببها ولا امر الغير فلم يصح التزويج والتصرف ولان التصرف فى مال الصغير لا يصح من الام مع ان لها ولاية التزويج عند ابى حنيفة عند عدم العصبات فلا يصح تصرف الملتقط فى مال اللقيط بيعا وشراء وليس له ولاية التزويج بالطريق الاولى ولان المقصد الاصلى من البيع والشراء هو التمييز ولا يحصل ذلك بدون

الرأى

قوله اللقيط قوله ولا بشراء لانه يكون له نظير التصرف فى مال الصغير ولاية اللقيط وقيل تاريخ الاسلام

الرأى الكامل والشفقة الوافرة فاذا تعدم احد الامرين لم يحصل التمييز ظاهرا وهذا ظاهر وفى الام الشفقة الوافرة دون الرأى الكامل وفى الملتقط على العكس فلم يكن لها ولاية التصرف فى المال لعدم المقصود منهما بخلاف الاب فانه له شفقة وافرة ورأيا كاملا وكان له التصرف فى النفس والمال جميعا قوله منهما اى من الام والملتقط قوله احدهما اى من الرأى الكامل والشفقة الوافرة قوله ويجوز ان يقبض له الهبة وهذا لفظ القدورى فى مختصره وتمامه فيه ويسلمه فى صناعة ويواجره قال فى كراهية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة فى الرجل يكون فى يده لقيط ليس له اب فيوهب له او يتصدق عليه فيقبضها قال هو جايز قال الفقيه ابو الليث وهذا استحسان والقياس انه لا يجوز لانه لا ولاية له عليه وجه الاستحسان ان فى ذلك منفعة للصبى وهو ماذون بجلب المنفعة اليه ولان ما فيه نفع للمنبوذ من غير ايجاب حق عليه ولا يتوقف على وجود الولاية كالفى الطعام وغسل ثيابه فاما اجارة الملتقط للقيط فهى جايزة على ما ذكرها القدورى لان فيها تثقيف الصبى وحفظ حاله من الضياع وذلك نفع للصبى فجاز من الملتقط وقال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير لا يجوز ان يواجره اى الملتقط ويجوز للام ان تواجره بنيها اذا كان فى حجرها ولا يجوز للعم اما الام فلانها ملكت اتلاف منافعه بغير عوض بالاستخدام فلان تملك اتلاف منافعه بعوض بالاجارة كان احق ولا كذلك الملتقط والعم وذكر الفقيه ابو الليث فى شرح الجامع الصغير فى اجارة الام ولدها الصغير اذا لم يكن له اب القياس والاستحسان فقال والقياس ان لا يجوز لها كما لا يجوز بيع ماله ووجه الاستحسان ان للام ولاية الحفظ فى الاجارة تحصين الولد وحفظه هذا حاصل ما ذكره قوله ويواجره بالنصب عطفا على قوله ان يقبض قوله وهو الاصح اى المذكور فى الجامع الصغير هو الاصح مما ذكره القدورى قوله وجه الاول اراد به رواية القدورى قوله يرجع الى تثقيفه اى يعقد الاجارة على اللقيط الى تثقيف اللقيط والتثقيف التسوية يقال ثقف الرمح اى سواه قوله وجه الثانى اراد به رواية الجامع الصغير قوله لا يملك اتلاف منافعه اى لا يملك الملتقط اتلاف منافع اللقيط بالاستخدام قوله فاشبه العم اى اشبه الملتقط العم اى كما لا يجوز للعم اجارة الصغير كذا لا يجوز للملتقط بخلاف الام يعنى الام تملك اتلاف منافع الصغير بالاستخدام بلا عوض فان تمليكه بالاجارة بعوض اولى قوله نذكره فى الكراهية اى فى اخر

كتاب الكراهية في مسايل متفرقة **كتاب اللقطة** مناسبته الكتابين اعني كتاب اللقيط و كتاب
اللقطة في غاية الظهور لوجود معنى اللقط فيهما جميعا الا ان اللقيط اختص بالمنبوذ من بني
آدم واللقطة اختص بالمنبوذ من المال لان فعله بل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة
بفتح الي والمال المنبوذ كانه يلقط نفسه لكثرة رغبات الناس فيه وميلان الطبايع اليه
فسمي لقطة على الاسناد المجازي وفي المنبوذ من بني ادم اباء القلوب من قبوله للزوم نفقته و
مؤنته فسمي لقيطا اي ملقوطا على سبيل المنقول وارادة الصلاح في حاله كما سمي اللديغ سليما
والمهلكة مفازة ثم الاصل في جواز اخذ اللقطة قوله عليه الصلاة والسلام من اخذ لقطة
فليشهد ذوي عدل قال في الشامل في قسم المبسوط اخذ اللقطة مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا
على البر والتقوى وقال في شرح الطحاوي اذا وجد لقطة فالافضل له ان يرفعها اذا كان يامن
على نفسه واذا كان لا يامن لا يرفعها وقال في شرح الاقطع يستحب اخذ اللقطة ولا يجب
وقال في ط قال ابو نصر محمد بن محمد بن سلام ترك اللقطة افضل من رفعها في قول اصحابنا
ورفع اللقيط افضل من تركه وقال في خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يفترض الرفع و
ان لم يخف يباح رفعها اجمع العلما عليه والافضل الرفع في ظاهر المذهب الى هنا
لفظه وقال في الفتاوى الولوالجي اختلف العلماء في رفعها قال بعضهم رفعها افضل من تركها و
قال بعضهم على رفعها تركها افضل وجه القول الاول انه لو تركها لا يامن ان تصل اليها يد خاينة
فيمنعها من مالكها ووجه القول الثاني ان صاحبها ربما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه
فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع ثم قال والاول اصح وقال الاسبيجابي في شرح
الطحاوي ولو رفعها ووضعها في مكانه ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية وقال بعض مشايخنا
اذا لم يبرح من ذلك المكان حتى وضع هناك فاما اذا ذهب من مكانه ذلك ثم اعادها و
فيه فانه يضمن وقال بعضهم اذا اخذها ثم اعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان
او لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية الى هنا لفظ الاسبيجابي قوله اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط
انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها هذا لفظ القدوري في مختصره وقد شرط الاشهاد
كما ترى بلا ذكر خلاف وكذلك ذكر الحاكم في مختصر الكافي بلا خلاف حتى ترك الاشهاد فهلكت عنده
ضمن ولكن قال الطحاوي في مختصره ان ابا حنيفة كان يقول ان كان اشهد على ذلك فلا ضمان
عليه فيها وان لم يشهد على ذلك كان عليه ضمان وقال ابو يوسف لا ضمان عليه فيما اذا اشهد على

انما اخذها

انما اخذها ليعرفها او لم يشهد بعد ان يحلف بالله ما اخذها الا ليعرفها ثم قال الطحاوي
قول محمد وذكر في الشامل والمنظومة والمختلف والحصر والفتاوى الولوالجي وخلاصة الفتاوى
قول محمد مع ابي حنيفة وكذلك ذكر الاسبيجابي في شرح الطحاوي ايضا وذكر في التحفة وشرح الاقطع
قول محمد مع ابي يوسف وجه قول ابي يوسف ان الملتقط ماذون في الاخذ شرعا ولا يكون اذن
الشارع ادنى من اذن المالك فاذا اذن المالك فلا ضمان عليه فكذا اذا اذن الشارع الا ترى ان
الوديعة لا يجري فيها الضمان لوجود الاذن فكذا هذا ووجه قول ابي حنيفة قوله عليه الصلاة
والسلام من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وقد شرط الاشهاد فلا يكون ماذونا بل ندب و لان
الاصل في تصرف الانسان ان يكون لنفسه الا ان يجعله لغيره وذلك بفعل الاشهاد فاذا لم
يوجد فيجوز ان يقول ابو يوسف لو كان الاخذ يوجب الضمان لما اختلف الحكم في الاشهاد وعدمه
كما لا اشهاد في الاشهاد لا ضمان لوجود الدليل فكذا اذا اخلف هذا المعنى قوله وهو الواجب
اذا خاف الضياع على ما قالوا اي اخذ اللقطة واجب اذا خاف الضياع على ما قال المشايخ
قوله واذا كان كذلك اي اذا كان اخذ اللقطة ماذونا فيه قوله وكذا اذا تصادقا اي لا تكون
اللقطة مضمونة اذا تصادق المالك والملتقط على ان الملتقط اخذ اللقطة للمالك لان
تصادقهما حجة عليهما قوله وصار كالبينة اي صار تصادقهما كالبينة يعني ان البينة اذا وجدت
عند الاخذ لا يجب الضمان فكذا اذا وجد التصادق قوله ولو اقر انه اخذ لنفسه يضمن بالاجماع
ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري وذلك لانه تصرف في مال الغير بلا اذن فكان غاصبا
والغاصب بالاجماع احترازا عن الضمان الذي يلزم عند عدم الاشهاد عند ابي حنيفة
لان فيه خلاف ابي يوسف قال في شرح الطحاوي ولو اخذها ليأكلها لا ليردها على صاحبها
ثم هلكت فانه يضمن ولا يبرأ عن الضمان حتى يدفعها لصاحبها قوله وان لم يشهد الشهود
عليه وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمنه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يضمن والقول قوله اي قول الاخذ مع الحلف على انه اخذها ليردها على صاحبها وذكر
هذا تفريعا لمسئلة القدوري وبيانه من الفقه قوله لاختياره الحسبة اي لاختيار الملتقط
وجه الله تعالى والحسبة اسم من الاحتساب كالعدة من الاعتداد وانما قيل احتسب العمل
لمن ينوي به وجه الله تعالى لانه له حينئذ ان يعتد عمله فجعل في حال مباشرة الفعل كانه معتد
به كذا ذكره الزمخشري في الفايق قوله وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله اي الذي ذكره ابو يوسف

من شهادة الظاهر للملتقط يعارض ذلك الظاهر ظاهر اخر مثله بان يقال الاصل والظاهر بان يكون تصرف الانسان له لا لغيره وذكر في شرح العتادى هذا الاختلاف ان كان متمكنا من الاشهاد فان لم يتمكن لعدم من يشهد على ذلك او لخوفه على ان ياخذ منه ظالم فالقول قوله مع اليمين بالاجماع ولا ضمان عليه في ترك الاشهاد **قوله** ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر قال في شرح الطحاوى ولو قال التقطت لقطة او ضالة او قال عندى شي فمن سمعتموه يسال شيا فدلوه علي فلما جاء صاحبها قال هلكت لا ضمان عليه وكذلك لو وجد لقطتين فقال من سمعتموه يسال فدلوه علي ولم يقل عندى لقطتان وكذلك لو قال عندى لقطة برى من الضمان وان كانت عشرا وهذا كله اشهاد وانه انما اخذها ليردها على صاحبها وقال شمس الايمة الحلوانى ادنى ما يكون في التعريف ان يشهد عند الاخذ ويقول اخذها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى **قوله** فان كانت اقل من عشرة عرفها اياما وان كانت عشرا فصاعدا عرفها حولا اى قال القدورى في مختصره وهذا الذى ذكره رواية عن ابى حنيفة وفي ظاهر الرواية مدة التعريف مقدرة بالحول الا ترى الى ما قال الحاكم في الكافى اذا وجد الرجل لقطة عرفها حولا وكذلك قدر الطحاوى في مختصره وقال في شرح الطحاوى اذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشي نفيسا او خسيسا في ظاهر الرواية هذا لفظه وقال في العتادى الولوالجى وعن ابى حنيفة انه قال ان كانت مايتى درهم فما فوقها يعرفها حولا وان كانت اقل من مايتى درهم الى العشرة يعرفها شهرا وان كانت اقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وعن ابى حنيفة في رواية اخرى ان كانت مايتى درهم فصاعدا يعرفها حولا وان كانت عشرا فصاعدا يعرفها شهرا وان كانت ثلاثا فصاعدا يعرفها يوما وان كانت دون ذلك ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير وقال شمس الايمة السرخسى وشي من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وقال اصحاب الشافعى التعريف واجب سنة وهو قول مالك واحمد وجه اعتبار الحول ما روى في صحيح البخارى مسندا الى ابى بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ عددها ووعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وجه الاستدلال به ان النبى صلعم اعتبر الحول في الاكثر ولان مدة السنة متعينة لوجوب اداء الزكوة فكانت مدة تعريف اللقطة

ايضا

ايضا لان اللقطة حقها التصدق بعد التعريف ان لم يوجد صاحبها وجه تلك الرواية ان الحديث ورد في مائة دينار وعن نقول بموجبه اذا كانت اللقطة مائة دينار او في معنى المائة بان تكون عشرة دراهم لان العشرة يقطع اليد بها في السرقة كالمائة وتصلح ان تكون مهرا كالمائة فلما كانت في معنى المائة من هذا الوجه جعلنا مدة التعريف في العشرة مثلها في المائة احتياطا بخلاف ما دون العشرة فانه ليس في معنى المائة فعوضنا تقديره الى راى المبتلى به **قوله** وقيل الصحيح ان شيا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راى الملتقط هذا اشارة الى قول شمس الايمة وقد مر انفا **قوله** وان كانت اللقطة شيا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به ذكر هذا تفريعا المسئلة القدورى قالوا في شرح العتادى وان كانت اللقطة مما لا يبقى اذا اتى عليه يوم او يومين عرفها فاذا خاف الفساد تصدق بها **قوله** وينبغي ان يعرفها في الموضع الذى اصابها وفي الجامع الصغير قال في شرح الطحاوى والتعريف انما يكون في ابواب المساجد وفي الاسواق وقال في الشامل والتعريف ان ينادى في الاسواق والمساجد من ضاع له شي فليطلبه عندى **قوله** وان كانت اللقطة شيا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاوه اباحة ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدورى اعلم انما يلتقطه الملتقط على نوعين نوع لا يطلبه صاحبه كالنواة وقشور الرمان في مواضع متفرقة فهو مباح للملتقط يجوز انتفاعه به ويبقى على ملك صاحبه حتى اذا وجده في يد الملتقط اخذه منه ان شاء ونوع اخر يطلبه صاحبه كالذهب والفضة والعروض فلا بد فيه من التعريف وقشور الرمان ان وجدها متفرقة فهي من هذا النوع وان وجد جوزة ثم اخرى ثم اخرى حتى بلغت عشرا وصارت لها قيمة ان وجدت وجدها في موضع واحد فهي من النوع الثانى وان وجدها في مواضع متفرقة فقد اختلف المشايخ فيه والمختار انها من النوع الثانى والتفاح والكمثرى والحطب في الماء لا باس باخذها كذا في خلاصة العتادى **قوله** قال فان جاء صاحبها بعد ذلك فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وان شاء ضمن الملتقط قال الحاكم في الكافى واذا وجد الرجل لقطة عرفها حولا فان جاء صاحبها دفعها اليه وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء امسكها حتى يجئ صاحبها وان شاء تصدق بها على ان صاحبها بالخيار اذا جاء ان شاء اجاز الصدقة وان شاء اختار

الضمان فيضمن الذي تصدق وان شاء ضمن المسكين فايهما ضمن لم يرجع على الآخر بما ضمن
الى هنا لفظه وانما كان صاحب اللقطة اولى بها اذا جاء لما حدث ابو جعفر الطحاوي في
شرح الآثار باسناده الى عياض بن حمار المجاشعي الى النبي صلعم قال من التقط لقطة
فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان جاء صاحبها فهو احق بها والا فمال الله عز وجل
يؤتيه من يشاء ولان ايصال الحق الى صاحبه واجب فان امكن ايصال العين اليه عينه
فيها والا فمعنى والا يتصدق بها فيكون الثواب له وان شاء امسكها ودام ينتظر على
رجاء ان يجي صاحبها بعد التصدق ان جاء صاحبها فان شاء امضى الصدقة وكان الثواب
له لان الاجازة في الانتهاء كالاجازة في الابتداء لكن لا يشترط قيام المحل وقت الاجازة
لان الملك يثبت للفقير قبلها بخلاف ما اذا باع الفضولي مال غيره حيث يشترط للاجازة
قيام المحل لان الملك لا يثبت قبل الاجازة بل بعدها وان شاء ضمن الملتقط لانه تصرف
في مال غيره بغير اذنه فكان سببا للضمان غاية ما في الباب انه تصرف باباحة شرعية وهي
لا تنافي الضمان الا ترى الى تناول مال الغير في حال المخمصة يحل باباحة شرعية لكن
مع الضمان وكذا الرمي الى الصيد مباح وكذا المشي في الطريق مباح فاذا هلك بذلك شيء يجب
الضمان على الرامي والماشي لان اسقاط حق محترم لا يجوز بلا اذن وان شاء ضمن المسكين
لانه قبض مال الغير بغير اذنه فصار الملتقط كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب لكن
ايهما ضمن لا يرجع على صاحبه بشيء اما المسكين فلانه اخذ لنفسه ومن اخذ لنفسه لا يرجع
كالمستعير واما الملتقط فلانه ضامن تلك اللقطة من وقت التصدق فتبين انه تصدق بملك
نفسه ثم لتضمين المسكين ان شاء على تقدير هلاك اللقطة فان كانت قائمة اخذها منه ان شاء
لانها عين حقه قال في خلاصة الفتاوى قال القاضي ابو جعفر ان تصدق باذن القاضي ليس له ان
يضمنه وان كانت قائمة في يد الفقير اخذها المالك فان كان الملتقط محتاجا له ان يصرف اللقطة
الى نفسه بعد التعريف وان كان غنيا فليس له ذلك فان قلت قولكم الملك يثبت للفقير قبل الاجازة
مسلم لكن اذا كان كذلك فكيف يصح استرداد اللقطة منه قلت لا يلزم من ثبوت الملك عدم
الاسترداد كالهبة يثبت فيها الملك للموهوب له ومع هذا يصح استرداد الواهب يوضحه ان
المرتد بعد اللحاق بدار الحرب اذا عاد تائبا يأخذ ما كان قائما من المال في يد ورثته مع ان الملك
كان ثابتا لهم قبل العود قوله او ذلك اشارة الى ايصال الحق الى المستحق قوله وهو الثواب الضمير راجع الى

العوض

العوض قوله على اعتبار اجازته اي اجازة المالك وانما قيد به لانه اذا لم يجز التصدق لا
يكون الثواب للمالك قوله لم يحصل باذنه اي باذن المالك قوله فيتوقف على اجازته اي يتوقف
نفاذ التصدق على اجازة المالك فان اجاز نفذ والا فلا قوله والملك يثبت للفقير قبل الاجازة
فلا يتوقف على قيام المحل هذا جواب سؤال تقديره بان يقال لما توقف نفاذ التصدق على اجازة المالك
جاز ان يقال في جوابه الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما اذن له الشرع في التصدق
ملكه الفقير لان التصدق من اسباب الملك فلا يتوقف على وجود المحل عند الاجازة قوله
لثبوته اي لثبوت الملك فيه اي في بيع الفضولي واذا اجاز المالك بيع الفضولي يشترط
لصحة الاجازة قيام الاربعة المالك والمتعاقدين والمعقود عليه اذا كان الثمن دينا
وسيجيء ذلك في البيوع ان شاء الله تعالى قوله لانه سلم ماله الى غيره اي لان الملتقط سلم مال
صاحب اللقطة الى غير صاحب اللقطة قوله قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير
قال القدوري في مختصره قال في الشامل في قسم المبسوط الافضل اخذ الضالة وهو في
سعة من تركها وقال لانه متبرع ونقل صاحب الهداية عن مالك والشافعي رضي الله عنهما
اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وقال في شرح الاقطع لا يجوز وقال في كتاب
التفريع لاصحاب مالك فيمن وجد بعيرا في الصحراء فلا يأخذه وليتركه وقال احمد بن حنبل
لا يتعرض لبعير ولا لما فيه قوة المنع من نفسه يعني الفرس والبغل بما روي في صحيح
البخاري مسندا الى زيد بن خالد الجهني ان رجلا سأل النبي صلعم عن اللقطة فقال
عرفها سنة ثم اعرف وكاءها وعفاصها ثم استنفق بها فان جاء ربها فادها اليه فقال
يا رسول الله فضالة الغنم فقال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب قال يا رسول الله
فضالة الابل قال فغضب رسول الله صلعم حتى احمرت وجنتاه او احمر وجهه ثم قال ما لك
ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربها ولان الاصل في اخذ اللقطة هو الحرمة
لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وانما ابيح الاخذ لخوف الضياع واذا كان مع الدابة
ما يدفع عن نفسه كالنطح في البقر والرفس في البعير والفرس لا يكون الضياع غالبا فلا
الضياع في حيز الجواز فجاز اخذها مع افضلية الترك وكراهية الاخذ ولنا ان اللقطة اذا
كانت شاة يستحب اخذها بالاجماع صيانة لاموال الناس عن الضياع فاذا خيف الضياع
على البعير ونحوه يستحب الاخذ ايضا لهذا المعنى وقد دل على ما قلنا ما حدث الطحاوي في شرح

الاثار بسنده الى عبد الله بن عمرو بن العاص ان رجلا من مزينة اتى رسول الله صلعم يسأله كيف
ترى في ضالة الغنم قال طعام ماكول لك او لاخيك او للذئب احبس على اخيك ضالته قال يا رسول
الله كيف ترى في ضالة الابل قال ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ولا يخاف عليها الذيب
تاكل الكلأ وترد الماء حتى يجي طالبها فدل الحديث ان المبيح للاخذ في الشاة هو خوف الضياع
فاذا اخيف على البعير الضياع كان حكم البعير حكم الشاة فان قلت ينبغي ان لا يجوز اخذ اللقطة اصلا
بدليل ما روي في شرح الاثار بسنده الى الجارود رضي الله قال قال رسول الله صلعم ضالة المسلم
حرق النار قلت تاويل ذلك اذا كان الالتقاط لمنفعة الملتقط كالركوب ونحوه فاما اذا كان
للتعريف فيجوز ذلك بدليل ما روي عن النبي صلعم من التقط لقطة فليشهد ذوي عدل و
هذا هو الجواب عن الحديث الاخر وهو قوله صلعم لا يؤوي الضالة الا الضال يعني اذا اخذ
لنفسه والحرق بفتحتين اسم من الاحراق وهو تغليب ان الحرق اللهب يعني ان تملكها سبب
العقاب بالنار والصغائر لوما تكون فيه النفقة جعلا كان او حرقة او نحو ذلك لذا قال
ابو حنيفة **قوله** ولا اباحة اي اباحة اخذ اللقطة **قوله** واذا كان معها اي مع اللقطة اي اذا كانت
دابة ما تدفع عن نفسها كالنطح والرفس **قوله** بالكراهة اي بكراهة الاخذ **قوله** كما في الشاة يستحب
اخذها بالاجماع **قوله** فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبه واذا رفع ذلك الى القاضي
نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة اجرها وانفق عليها من اجرتها وان لم يكن لها منفعة
وخاف ان استغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن
في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها الى هنا لفظ القدوري اعلم انه اذا انفق على اللقطة بدون امر
القاضي يكون متبرعا بما انفق ولا يرجع الى صاحبها لانه انفق عليها بغير امر من له ذلك فصار
كما اذا علف دابة غيره بغير امره وان انفق بامر القاضي يرجع بذلك على صاحبها لعموم ولاية
القاضي وذلك لان للقاضي نظرا الى مصالح امور المسلمين وحفظ اموالهم فلما راى المصلحة في
الانفاق جاز ذلك وصار دينا على صاحبها فاذا ارفع امر اللقطة الى القاضي نظر فيها ان
كان شيئا يمكن اجارته كالدابة اجرها وانفق عليها لان بها ابقاء الحق مالكها صورة ومعنى
بابقاء العين والمالية وان لم يمكن اجارته كالشاة مثلا يبيع ويحفظ ثمنه ابقاء لحق مالكها
معنى بالمالية حيث لم يمكن ابقاء الصورة لانه يخاف عليها ان يستاصل النفقة القيمة

وبع هذا لو راى الانفاق اصلح اذن بالانفاق وجعل النفقة دينا على المالك لان القاضي
ناظر في امور المسلمين وكل ما راه احوط واصلح كان له ذلك قال الحاكم الشهيد في الكافي فان رفعها
الى القاضي واقام البينة انه التقطها امره ان ينفق عليها على قدر ما يرى يومين او ثلاثة
وهذا يعني قول صاحب الهداية وفي الاصل شرط اقامة البينة وذلك لانه متى لم يامره ينفق
وحتى لم ينفق تهلك اللقطة فيامره بالانفاق ان اقام البينة وان قال لا بينة لي يقول القاضي
انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت ويشهد القاضي على ذلك فان كان صادقا فيما قال رجع
وان كان عاصيا كاذبا لا يرجع قال الولوالجي في فتاواه قالوا هذا اذا كانت اللقطة شيئا لا
يخاف الهلاك عليه حتى لم ينفق الى ان يقيم البينة اما اذا كان يخاف فان القاضي لا يكلفه
باقامة البينة لكن يقول له انفق عليه ان كنت صادقا وقال الحاكم في الكافي فاذا باعها
اعطاه القاضي من ذلك الثمن ما انفق بامره في يومين او الثلاثة وذلك لان الثمن مال
صاحبها والنفقة دين على صاحبها وهو معلوم للقاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس
حقه كان له ان ياخذه وكان للقاضي ان يعينه عليه وقال الحاكم ايضا فان لم يبعها حتى جاء
صاحبها واقام البينة انها له قضى له القاضي وقضى عليه بنفقة الملتقط هذا الذي ذكره
من اعطاء القاضي ما انفق من ذلك الثمن اذا امره القاضي بالانفاق وشرط له الرجوع فاذا لم يشترط
فيه روايتان في رواية لا يرجع وفي رواية يرجع كذا ذكر الولوالجي في فتاواه وذكر فيها ايضا
اذا باع اللقيط بامر القاضي لم يكن لصاحبها اذا حضر الا الثمن لان الملتقط انما باعها
بامر القاضي كبيع القاضي ولو باع القاضي جاز البيع ولم يكن لصاحبها الا الثمن فكذا هنا
وان باعها بغير امر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك لانه باعه بغير من له
ولاية الاذن فبعد ذلك ان كانت اللقطة قائمة في يد المشتري فهو بالخيار ان شاء اجاز
البيع وان شاء ابطل البيع وان كانت اللقطة هالكة في يد المشتري فصاحبها بالخيار ان
شاء ضمن البائع بالقيمة وان شاء ضمن المشتري فان ضمن البائع نفذ البيع لانه
ملك اللقطة من حين قبضها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة **قوله** وان انفق
بامره اي بامر الحاكم **قوله** نظرا له اي للغائب **قوله** على ما بينا اي بعد خمسة خطوط عند قوله وان كان
الاصلح الانفاق عليها **قوله** فان كان للبهيمة منفعة اجرها اي اذا كانت البهيمة مما تصلح للاجارة
كالفرس والبعير والثور فينفق عليه من غلته ثم قال والعمل كذلك ثم قال والابق لا يوجر

فان تطاولت المدة باعها ببيعه وان لم يكن منفعة اى اذا لم يكن البهيمة صالحة للاجارة
كالشاة قوله وامر بحفظ ثمنها اى امر القاضي بحفظ ثمن البهيمة قوله اذن له في ذلك اى اذن القاضي
للملتقط في الانفاق قوله وذكر في هذا نظر من الجانبين اى في اذن القاضي للملتقط في الانفاق وجعل
دينا على المالك بما انفق قوله وفي الاصل شرط اقامة البينة وقد مر بيانه قبيل هذا واراد
بالاصل المبسوط قوله وليست تقام للقضاء جواب سؤال مقدر وان يقال كيف شرط في الاصل
اقامة البينة ولا تقام البينة الا على مدعى عليه منكر ولم يوجد ذلك فقال في جوابه وليست
تقام البينة لاجل القضاء حتى يشترط المدعى عليه انما هي لكشف الحال يعني اقيمت حتى يتكشف
حال البهيمة انها لقطة او غصب لان في الاول يامره القاضي بالانفاق وفي الثاني لا قوله
وان قال لا بينة لي اى ان قال الملتقط لا بينة لي على ان البهيمة لقطة قوله حتى يرجع بالنصب
تعليل لقوله يقول القاضي له اى للملتقط قوله ولا يرجع بالنصب ايضا عطفا على قوله حتى يرجع
قوله قوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى ان الملتقط انما يرجع على المالك
بما انفق اذا شرط القاضي الرجوع قوله وهذه رواية اى شرط الرجوع رواية فعلى هذه الرواية
اذا امر القاضي بالانفاق على اللقطة ولم يشترط الرجوع على المالك لا يرجع عليه وفي الرواية
الاخرى يرجع قوله واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة اى قال
القدوري في مختصره قال الحاكم في الكافي فان قال الذي في يده الدابة لا ادفعها اليك حتى تعطيني
النفقة كان له ذلك وانما قلنا ذلك لان اللقطة سلمت بنفقة الملتقط فصار كان مالكها استفاد
الملك من جهته كان له الحبس لاستيفاء النفقة كالبائع يحبس المبيع الى استيفاء الثمن لان المشتري
استفاد الملك من جهته وهو قوله اقرب من ذلك راد الابق اى اقرب من المبيع الى اللقطة في الشبه
راد الابق لان الابق يحبسه من رده لاستيفاء الجعل لانه سلمه لمالكه بعد ان كان معرضا
للتوى والتلف كما ان اللقطة يحبسها الملتقط لاستيفاء النفقة لانها سلمت لنفقتها
بعد ان كانت عرضة للتوى والتلف دين النفقة التي امر بها القاضي لا يسقط اذا هلكت
اللقطة قبل الحبس ويسقط بعد الحبس كما في الرهن اذا هلك بعد حبسه يرتهن بالنفقة
بيانه فيما قال في الذخيرة اذا ابى ان ينفق على الرهن فالقاضي يامر المرتهن ان ينفق عليه
فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة ولو هلك الرهن بعد ذلك
لا شيء على الراهن ثم قال هذا قول زفر وقال ابو يوسف ليس له ان يحبس بالنفقة فاذا هلك في

الرهن

الرهن فالنفقة دين على الراهن بحاله قلت وهذا الذي ذكره من سقوط دين
النفقة بعد هلاك الرهن بعد الحبس ينبغي ان يكون فيما اذا كانت قيمة الرهن وقيمة النفقة
سواء او قيمة الرهن اكثر اما اذا كانت قيمة الرهن اقل ينبغي ان يرجع المرتهن بفضل
النفقة قوله ولقطة الحل والحرم سواء اى قال القدوري في مختصره يعني يعرف
مدة التعريف وهي الحول في الظاهر ثم يتصدق او ينتفع بنفسه ان كان فقيرا وقال الشافعي رحمه
اما لقطة مكة فلا يتملكها لقوله صلعم لا تحل لقطتها الا لمنشد معناه على الدوام والا
لم يظهر فائدة التخصيص وقيل انه يملك كساير البلاد الى هنا ولنا ما روي في صحيح
البخاري مسندا الى زيد بن خالد قال جاء رجل الى رسول الله صلعم فسأله عن اللقطة
فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشانك بها
قال فضالة الغنم قال هي لك او لاخيك او للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها
معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يلقاها ربها وجه الاستدلال به
ان رسول الله صلعم اطلق ولم يفصل بين لقطة الحل والحرم ولانها لقطة ابيح التقاطها
فجاز الانتفاع بها بعد الحول كلقطة الحل ولان في التصدق ابقاء ملك المالك من حيث المعنى
من حيث تحصيل الثواب له فيملكه الملتقط كما في ساير اللقطة والجواب عما تمسك به الشافعي
رحمه قوله لا تحل لقطتها اى رفعها الا لمعرف وتخصيص حل الرفع لمعرف بلقطة
الحرم لازالة الوهم بيانه ان مكة كانت الغربا لان الناس يفدون اليها من الاقطار من كل فج
عميق ثم يتفرقون فالغالب ان لقطتها للغريب لا يدري عوده الى مكة ولا فائدة اذن في
التعريف اصلا لعدم الفائدة فازال رسول الله صلعم ذلك الوهم فقال لا يحل رفع لقطتها
الا لمعرف كما هو الحكم في غيرها من البلاد قال صاحب الجمهرة يقال نشدت الضالة انشدها
نشدا او نشدانا اذا طلبتها وانشدت الضالة انشادا اذا عرفتها فعلت من ذهب له
كذا وكذا وانشد قول الشاعر شعر يصيخ للنبأة اسماعه شعر اصاخة الناشد للمنشد شعر وهذا
البيت للمثقب العبدي ورايت في شرح ديوان المثقب ان الاصمعي قال وكان يعجب من هذا
البيت هذا المضل اذا سمع دعا ناشد وهو الطالب اصاخ اليه ويرجو من نصيبهم
وقال ابن الاعرابي هذا كما يقال الثكلى تحب الثكلى قال في ديوان الادب معاص القار ورقه علا
والوكار باطل الغربة قوله والتخصيص بالحرم مر بيانه فيه اى في الحرم قوله واذا حضر رجل

وادعى اللقطة لا تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على
ذلك في القضا هذا لفظ القدوري في مختصره وعند مالك والشافعي واحمد رضي الله عنهم
يجبر الملتقط على دفع اللقطة بعد اعطاء صاحبها علامتها بان يخبر عن وزنها وعددها
ووكايها ووعايها ويصيب في ذلك كله لما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى زيد بن خالد
الجهني رضي الله عنه قال جاء اعرابي الى النبي صلعم فسأله عما يلتقطه فقال عرفها سنة ثم
اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء احد يخبرك بها والا فاستنفق بها وفي رواية فان جاء
ربها فادها اليه ووجه الاستدلال انه صلعم امر بالدفع بالعلامة بدون اقامة البينة
ولان الملتقط لا نزاع لمن في الملك لانه لا يدعي الملك وانما نزاعه في اليد فكان نزاعه من وجه
دون وجه فاستوحلنا بيان العلامة دون البينة ولنا ان اليد والملك كل واحد منهما حق
مقصود للانسان ثم ان الملك لا يستحق بلا بينة فكذا اليد والدليل على ان اليد مقصود ان المدبر اذا
غصبه غاصب يلزم الضمان لازالته اليد المحترمة وان لم يكن المدبر قابلا للملك وانما قلنا
يحل الدفع دون الجبر عليه توفيقا بين الحديثين حديث الخصم والحديث المشهور وهو
قوله صلعم البينة على المدعي واليمين على من انكر بيانه ان المشهور اوجب البينة على المدعي و
صاحب اللقطة مدعي فيجب عليه البينة ولا يستحق اللقطة بدونها فلو استحقها لحكم الحديث
الاخر يلزم التعارض على وجه يلزم التنافي وهو الاستحقاق وعدمه والاصل في التعارض
الجمع عملا بالدليلين فحملنا ما تمسكوا على اباحة الدفع كيلا يلزم التعارض بقدر الامكان
وليس هذا كاللقيط حيث يستحق بالعلامة لان مدعي اللقيط يدعي نسبه على نفسه فيصدق
بعلامة وغير علامة جميعا واما مدعي اللقطة فلا يصدق بغير علامة ولا يصدق ايضا
بعلامة كما في سائر الدعاوى ولهذا كانت البينة شرطا للاستحقاق ثم ان الملتقط اذا صدقه
بدون البينة ودفعها اليه باخذ كفيلا منه استيثاقا لنفسه حتى اذا ظهر الاخر وعلاه ونعى
الرجوع عليه يرجع على الكفيل قال في خلاصة الفتاوى ياخذ كفيلا بلا خلاف والخلاف في الوارث
اذا ثبت بينة انه لا وارث له سواه اراد به مسئلة الجامع الصغير وهي ان الميراث اذا قسم
بين الغرماء او الورثة لا يوخذ منهم كفيل ولا من وارث عند ابي حنيفة وقالا يوخذ كما يوخذ في الا
واللقطة ووجه قول ابي حنيفة ثمة ان الكفالة وقعت لمجهول بعد ظهور الحق فلا يجوز تعطيل
الحق بباطل لان الوارث الغايب او الغريم الغايب في وجوده احتمال ولا يدري ذلك والمجهول

لايصلح خصمه واما الابق واللقطة فالحق رواية الاصحاب ان ياخذ منه كفيلا وقال في رواية اصحاب قال
الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير فالرواية الاولى قول ابي حنيفة والرواية الثانية قول ابي يوسف
ومحمد وقال الزاهد العتابي في العبد الابق واللقطة اذا وجده فادعى اخر ان ذلك له واقام
البينة فانه يدفعه اليه ولا ياخذ منه كفيلا عند ابي حنيفة وعندهما ياخذ وان دفع اليه
باخباره عن العلامة او بقول العبد ياخذ منه كفيلا بالاجماع الى هنا لفظ العتابي وذلك
لان الحق ليس بظاهر للحال ضرورة الا ترى انه له ان يمنعه فصح ياخذه للتكفيل اعلم ان الملتقط
اذا صدقه جاز دفعها اليه لانه اقر بانه له لكن هل يجبر على الدفع فيه اختلاف المشايخ
رحمهم الله تعالى قال الولوالجي في فتاواه منهم من قال لا يجبر كما في الوديعة ومنهم من قال يجبر كما
في الوديعة ومنهم من قال يجبر فاذا دفع ثم اقام الاخر البينة انها ملكه ان كان العين قايما
في يد القابض يقضي للمدعي بالعين لان الدفع في القابض انما حصل باقراره الدافع ولا
يغيره لا اقرار بعد اقامة البينة فان كان هالكا له الخيار ان شاء ضمن الملتقط وان شاء
ضمن القابض فان ضمن القابض فالقابض لا يرجع على احد وان ضمن الملتقط في رواية
لا يرجع على القابض وفي رواية يرجع هو الصحيح لان الملتقط وان اقر ان الحق للقابض
لكن القاضي لما قضى بالملك للمدعي بالبينة فقد ظهر كذب الملتقط في اقراره والاقرار ربما
يبطل بتكذيب القاضي واذا ابطل صار كانه دفع من غير تصديق ثم ظهر الامر على خلافه
كان له ان يرجع فكذا هنا قوله باخذ منه كفيلا واذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف
قال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والاصح انه على الخلاف يعني في اخذ الكفيل
عند دفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف على قول ابي حنيفة لا ياخذ الكفيل خلافا
لصاحبيه ونفي الخلاف هنا مع اثباته في فصل القضاء بالكلام متناقض من صاحب الهداية
قوله ولا يتصدق باللقطة على غني هذا لفظ القدوري وذلك لان ما كان سبيله التصدق
لا يجوز صرفه الى غني لقوله صلعم لا صدقة لغني اصله الزكوة قوله وان كان الملتقط غنيا
لم يجز له ان ينتفع بها هذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي يجوز الانتفاع للغني
بعد مضي المدة ويكون قرضا عليه كذا في الاسرار له ما روي في حديث ابي بن كعب رضي الله عنه
انه اصاب مائة دينار على عهد رسول الله صلعم فعرفه فلم يجد من يعرفه فامره النبي
صلعم ان ياكله وكان لا تحل له الصدقة كذا في جامع الترمذي ولنا ما روي اصحابنا في

كثيرهم عن النبي صلعم انه قال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء
صاحبها فليردها اليه وان لم يات فليتصدق بها بيانه ان ما كان سبيله التصدق
فلا يجوز صرفه الى الغني واللقطة بعد مضي مدة التعريف سبيلها التصدق بدليل قوله
فليتصدق فلا يجوز صرفه الى الملتقط لانه غني وقد روى في كتاب الاثار عن عمر وعلي
وابن عباس رضي الله عنهم انه يتصدق بها فاذا جاء صاحبها خير بين الاجر والغرم فان
اختار الغرم كان اجرها للملتقط وقد روى عن محمد في كتاب الاصل عن ابي سفيان عن ابي
حسن حماد عن ابراهيم انه قال في اللقطة يعرفها حولا فان جاء صاحبها والا تصدق بها
فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء انفذ الصدقة وان شاء ضمنه ولانه مال امر باسالة
لطلب مستحقه فلا يجوز الانتفاع به من غير حاجة كمال بيت المال ولانه غني فلا يجوز التناول
بها كما لو تصدق بها على غني اخر فان قلت قد جاء في صحيح البخاري في حديث زيد ابن خالد الجهني فان
صاحبها والا فشانك بها فدل على الانتفاع للملتقط غنيا كان او فقيرا قلت لا نسلم ذلك
لا معناه الزم شانك بها في الحفظ لصاحبها كما قبل الحول لانه صلى الله عليه ذكر بشانك ما عرفا
وهو الذي كان ثابتا له قبل المدة وكذلك بعض ما روى في بعض الحديث اصنع بها ما تصنع
بمالك اي في الحفظ والاحتياط الا ترى انه لا يصنع بها كما يصنع بمال نفسه من هم لانه
يتملك او لا يحل له قصد التملك او اذا انعدم القصد للتملك في مدة التعريف او لا بد من لفظ
التملك ايضا على قوله وعلى قوله لا بد من تصرف يزيل الملك ومثل هذا لا يتحقق في مال نفسه وايضا
سبيله سبيل القرض عندهم ولا يتحقق ذلك في مال نفسه فعلم ان المراد منه حفظها كحفظ ماله ثم
الجواب عن حديث ابي رضي الله عنه انه قال كان لابي طلحة ارض فجعلها لله تعالى فاتى النبي صلعم
فقال له اجعل في فقراء قرابتك فجعلها في حسان ابن ثابت وابي بن كعب ولئن سلمنا انه
كان غنيا لكن انما جاز له الانتفاع بها لانه كان باذن الامام فوقع قرضا وهو الجواب عن حديث
علي رضي الله عنه لانه صلى الله عليه وسلم فرضه لانه اذنه على انه فاقة فرض فان قالوا لا تخلوا
اللقطة بعد الحول اما ان يكون في حكم الصدقة المأذون في قبضها او في حكم القرض لا يجوز ان يكون
صدقة لان الضمان ثبت لمالكها والصدقة اذا اكلها الفقير لا ضمان فيها فعلم انها كالقرض
وفيه الغني والفقير سواء قلنا الصدقة لا تنافي الضمان بالاجماع اما عندهم فكالزكوة المعجلة
اذا استغنى الفقير قبل الحول واما عندنا فاذا مات واحد ولم يعرف له وارث فتصدق بماله

الامام

الامام على فقير ثم ظهر له وارث قو ابن الميا سيد اي من الاغنياء وهو جمع الميسور ضد المعسور
وهما صفتان عند سيبويه ومصدران عند غيره قو يباح للفقير حملا له على رفعها اي ليكون
حاملا له وباعثا على رفعها قو لاطلاق النصوص نحو قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا
ان تكون تجارة عن تراض وقال الله تعالى ولا تعدوا وقوله فمن اعتدى عليكم ان الله يامركم ان
تؤدوا الامانات الى اهلها الا انا تركنا ظواهرها الاية بالاجماع في حق الصدقة على الفقير او
باتفاق الخبار ولم يوجد مثل ذلك في الغني فبقي داخلا تحت عموم الظاهر قو والاباحة للفقير
بما روينا وهو قوله صلعم فليتصدق به قو والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة
التعريف هذا جواب عما قال الشافعي ره يجوز الانتفاع للغني بعد مدة التعريف حتى يكون حاملا
على رفع اللقطة وصيانتها لانه اذا عرف ان اللقطة يجوز له الانتفاع بها بعد المدة يرفعها
رجاء ان توصل اليه فقال في جوابه الحامل موجود لجواز افتقاره في مدة التعريف فلا حاجة الى تجويز
للغني قو وهو جائز باذنه اي باذن الامام اي الانتفاع باللقطة بعد المدة جائز للغني باذن
الامام على وجه يكون قرضا لو وقع في محل مجتهد فيه فان الانتفاع للغني يجوز عند الشافعي
ره قو وان كان الملتقط فقيرا فلا باس بان ينتفع بها هذا لفظ القدوري اذا مضت
مدة التعريف فللملتقط ان يصرف اللقطة الى الملتقط نفسه اذا كان فقيرا لان حاجته
مقدمة على حاجة غيره فيما في يده ولهذا اذا وجب الزكوة له ان يصرف الخمس الى نفسه
اذا كان فقيرا ولانه في صرف اللقطة الى الملتقط مراعاة النظر للجانبين جانب
الملتقط بالانتفاع وجانب المالك بحصول الثواب ولهذا المعنى جاز دفعها الى غيره من
الفقراء وهو وسائر الفقراء سواء في الفقر فجاز الانتفاع له ايضا قو وكذا اذا كان الفقير اباه
او امه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا اي كان الملتقط غنيا ولفظ القدوري في
مختصره ويجوز ان يتصدق بها اذا كان غنيا على ابيه وامه وابنه وزوجته اذا كانوا
فقراء وذلك لان حق اللقطة بعد مضي المدة التصدق على الفقراء وهم فقراء فجاز التصدق
بها عليهم ثم لا يخلو التصدق بها من احد الامرين اما ان يكون نفلا فجوازه عليهم ظاهر واما
ان يكون واجبا فيجوز التصدق ايضا كذلك على الاب والام والابن والزوجة لان الملتقط
لا يدفع عن نفسه بل عن غيره وهو كالنائب في التصدق عن غيره ومن استناب رجلا
في دفع صدقته جاز له ان يدفعها الى هؤلاء قو وكذا اي لا باس بان ينتفع باللقطة

اللقيط وما لابن اللقيط قوله لما ذكرنا اي لما فيه من عتق النفوس المحترمين والله اعلم

كتاب الاباق

وهذه الكتب اعني اللقيط واللقطة والاباق والمفقود لتناسبها لما فيها من معنى الهوى والتلف توالي بعضها خلف بعض قال في المبسوط الاباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الاخلاق ورداءة الاعراق ليظهر العبد من نفسه فرار التمرد ما ليتخلص ضمارا فرده الى مولاه احسان وجزاء الاحسان الا الاحسان والابق هو الذي يهرب من مالكه قصدا والضال هو الذي ضل الطريق الى منزله قوله الابق اخذه افضل في حق من يقوى عليه ونقل صاحب خلاصة الفتاوى من الاصل فقال وفي الاصل اخذ الابق افضل ثم قال وفي اخذ الضال اختلفوا فيه بعض المشايخ اخذه افضل لما فيه من احياء النفس في التعاون على البر كالابق وقال بعضهم ترك الضال افضل لانه لا يبرح عن مكانه فيجيء صاحبه فياخذه وليس الابق كذلك لانه اذا لم ياخذه يضيع حق مولاه قوله ثم اخذ الابق ياتي به الى السلطان وذلك لان الاخذ لا يقدر على حفظه بنفسه عادة فيابق من يده مرة ثانية فلا يحصل الغرض من اخذه فياتي به الى السلطان او الى القاضي فيحبسه منعا له عن الاباق نظرا للمالك بخلاف اللقطة فانه لا ياتي بها الى السلطان لانه قادر على حفظها بنفسه بخلاف الضال فانه لا يحبس لان الظاهر انه لا يابق اذا لم يحبس وهذا الذي ذكره من الاتيان بالعبد الابق الى السلطان اختيار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شمس الائمة الحلواني فالاخذ بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة اذا وجدهما بالخيار وكذا في الذخيرة قال الحاكم في الكافي واذا اتى الرجل بالعبد فاخذه السلطان فحبسه فادعاه رجل واقام البينة انه عبده يستحلفه ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه ولا احب ان ياخذ منه كفيلا وان اخذ القاضي منه كفيلا لم يكن شيئا ولكن لا ياخذ احب الي قال الحاكم هذه رواية ابي حفص ورايت في بعض روايات ابي سليمان قال احب الي ان ياخذ منه كفيلا فان لم ياخذ منه كفيلا وسعه ذلك وان لم يكن للمدعي بينة واقر العبد انه عبده قال يدفعه اليه وياخذ منه كفيلا وان لم يجي للعبد طالب قال اذا طال ذلك باعه الامام وامسك ثمنه حتى يجي طالبه واقام البينة بان العبد عبده فيدفع الثمن ولا ينتقض بيع الامام وينفق عليه الامام في مدة حبسه من بيت المال ثم ياخذه من صاحبه ان حضر او من ثمنه ان باعه الى هنا لفظ الحاكم في الكافي وقال في الشامل في قسم المبسوط اما الحلف فيحتمل انه انما قال اذا ادعى العبد زواله عن

ملكه ويحتمل انه قال للاحتياط لانه جاز ان يزول العين عن ملكه والقاضي نصب عن الغائبين اخذ الكفيل للاحتياط وان لم يوجد جاز لقيام البينة وقال الولوالجي في فتاواه فان لم يجي للعبد طالب فالقاضي لا يعجل في بيعه لان القاضي نصب ناظرا فمقام نظره في حفظ العين وينفق عليه من بيت المال ويرجع بما انفق على مولاه فان قلت ما الفرق بين العبد الابق والعبد الضال اذا طالت المدة فان القاضي يبيع الابق ويواجر الضال ولا يبيعه قلت اجارة الابق تعرض له على الاباق وفي الاباق اتلاف وللقاضي ولاية الحفظ لا الاتلاف بخلاف الضال فانه لا يابق غالبا فتجوز اجارته حفظا مال الغائب لانه ينفق عليه من غلته ويصل الى المولى عين ماله قوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده من اقل من ذلك فبحسابه اي قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط كما اذا رد بهيمة او عبدا ضالا وجه القياس انه تبرع عليه بمنافعه فاذا تبرع عليه بعين من اعيان ماله لا يرجع عليه وكذا اذا تبرع بمنافعه ولان رد الابق نهي عن المنكر وفرض فلا يستوجب فاعل الفرض جعلا ووجه الاستحسان ما روى محمد بن الحسن في اول كتاب جعل الابق عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء من كل راس اربعين درهما وروى ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا كذا ذكر الحاكم في الكافي وجه الاستدلال به ان عبد الله علق الجعل بمشية الراد ولو لم يكن واجبا لعلقه بمشية المردود عليه كالعوض في الهبة لما لم يكن واجبا كان مفوضا الى الموهوب له لا الى الواهب وهذا الحديث وان كان موقوفا على عبد الله كالمروي عن رسول الله صلعم لوجهين احدهما ان الجعل واجب بخلاف القياس ولا يجوز العمل بخلاف القياس الا بالنص او بالاجماع فيحمل على السماع من رسول الله صلعم والثاني ان تقدير الجعل باربعين درهما لا اهتداء للعقل في معرفة المقادير وانما طريقها السماع والتوقيف فكان قوله كالمروي عن رسول الله صلعم لصيانته عن الجزاف والكذب وفي الحديث دليل على ان رد الابق مندوب اليه لانهم قالوا لقد اصاب اجرا اي ثوابا في الاخرة ولان حرمة مال المسلم كحرمة دمه واحياء النفس مندوب اليه فكذا احياء المال

او نقول ان الصحابة رضي الله عنهم اجمعت على اصل الوجوب في الجعل انما اختلفوا في كميته قال
عمر رضي الله عنه جعل الآبق دينار او اثنا عشر درهما وقال علي رضي الله عنه في جعل الآبق
دينارا او عشرة دراهم وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه اوجبه اربعين درهما على ما سبق
آنفا وعن عمار بن ياسر انه ان رده في المصر فله عشرة وان رده خارج المصر استحق اربعين
فكان من قال ان الجعل لا يجب خالف الاجماع ثم حملنا الاربعين على مسيرة السفر وما دونها
وما دون الاربعين على ما دون مسيرة السفر توفيقا بين الاحاديث المتعارضة ولم تأخذ
بالاقل لنفيه لامكان العمل بالاقل والاكثر جميعا والقياس على الضال والبهيمة ليس
بصحيح لان القياس ان لا يجب في رد الآبق الا انا تركنا القياس بالسمع ولا سمع في الضال
والبهيمة فوجب العمل بالقياس فيهما وقال خواهر زاده في المبسوط عن حماد عن ابراهيم انه كان
يستحب ان يرضخ للذي يرد الآبق بشيء حتى يرد الناس بعضهم بعضا قال يريد بقوله يستحب اي
يستحسن ايجاب الرضخ لان الجعل لا يجب قياسا ويجب استحسانا قوله فله عليه جعله
اي فللراد على المولى جعل الآبق والجعل ما يجعل للعامل على عمله قوله لاقل من ذلك وفي بعض
النسخ من اقل من ذلك اي من موضع اقل من مسيرة ثلاثة ايام قوله وما دونها فيما دونها اي
اوجبنا ما دون الاربعين فيما دون السفر قوله وتلفيقا اي جمعا بين الروايات المتعارضة
قوله ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها اي صيانة الآبق يعني ان الحاجة الى صيانة الضال
اقل من الحاجة الى صيانة الآبق لان الضال ظاهر والآبق مختفي فلما كان كذلك لم يكن
الضال في معناه فلم يجب الجعل في الضال لان الحكم اذا ثبت بخلاف القياس لا يثبت ذلك في غير
المنصوص اذا كان في معناه من كل وجه قوله ويقدر الرضخ في الرد فيما دون السفر باصطلاحهما
او يفوض الى رأي القاضي وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر وهذا الذي
ذكره تفسير لما ذكره القدوري بقوله وان رده لاقل من ذلك فبحسابه قال الشيخ العامل في نسخ
المبسوط وان كان اقل من ذلك رضخ له وفي رواية بحساب ذلك يعني ان الرضخ يتقدر باصطلاح
الراد ومالك الآبق او يقدره القاضي على حسب ما يراه قالوا هذا هو الاشبه بالاعتبار
وقال بعض مشايخنا تقسم الاربعون على الايام الثلاثة فيجب بازاء كل يوم ثلاثة عشر درهما
وثلث وقال في الفتاوى الولوالجي اذا كان الآبق بين الرجلين اثلاثا فالجعل عليهما
على قدر الانصباء لان منفعة الرد حصلت لهما اثلاثا فيكون الجعل عليهما اثلاثا

قال

قال فيها ايضا رجل قال لرجل ان عبدي قد ابق فان وجدته فخذه فقال نعم فاصابه المأمور به على
مسيرة ثلاثة ايام فجاء به الى مولاه فلا جعل له لانه استعان وقد وعد له الاعانة يقال
رضخ فلان لفلان من ماله اذا اعطاه قليلا من كثير والاسم الرضيخة يقال اعطاه
رضيخة من ماله ورضاخة كذا ذكره ابن دريد قوله قال وان كانت قيمته اقل من اربعين
يقضى له بقيمته الا درهما اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم في الكافي واذا جاء الرجل
بالآبق من مسيرة ثلاثة ايام وهو لا يساوي اربعين درهما قال له الجعل اقل
من قيمته بدرهم في قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول وقال ابو يوسف بعد ذلك له
الجعل تاما وكذلك ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وشمس الائمة
البيهقي في الشامل وكذلك في عامة نسخ الفقه ايضا ولم يذكروا قول ابي حنيفة وذكر
في شرح الطحاوي قوله مع محمد فقال ولو كان العبد يساوي اربعين درهما او دونها
فانه ينقص من قيمته درهم واحد عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول ثم
رجع وقال يجب الجعل اربعون درهما وان كانت قيمته درهما واحدا وكذلك ذكر الطحاوي
في مختصره ايضا ووجه قول ابي يوسف ان الجعل واجب بخلاف القياس بالاثر ولا فصل فيه
بين ما اذا كان الآبق قليل القيمة او كثير القيمة فلا ينقص من تقدير الشرع كصدقة
الفطر ولهما ان الجعل انما وجب للراد نظرا للمالك حتى يسلم له ماله بالرد بيانه ان الراد
يحتاج الى المؤنة في الرد فقلما يرغب الانسان في التزام المؤنة مجانا حسبة لله تعالى
فاوجب الجعل ترغيبا للراد على الرد فاذا كان المقصود من الجعل النظر للمالك لم يحصل النظر له
في ايجاب الاربعين لمن قيمته اقل منه لانه لا يسلم له شيء من مالية العبد فلا جرم يحط من
قيمة العبد درهم وهو نظر لمولاه في الجملة قوله تحقيقا للفائدة وهي حيوة مال المالك قوله
وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى وهذه من مسائل الاصل
ذكرها تفريعا لمسألة القدوري وذلك لانهما مملوكان قبل موت المولى ولهذا كان المولى احق
بكسبهما فكان ردهما كرد القن فوجب الجعل لاحياء ماليتهما بالرد فلو ردهما بعد موت المولى
لا يجب الجعل لانهما عتقا بموت المولى ولا جعل في رد الحر وهذا في ام الولد ظاهر وكذلك
في المدبر عندهما سواء خرج من الثلث او لم يخرج لانه حر مديون عندهما اذا وجب السعاية
عليه واما عند ابي حنيفة فاذا خرج من الثلث فلا جعل فيه لانه حر وهذا ظاهر ايضا واذا لم يخرج من الثلث

فلا جعل فيه ايضا لان المستسعى كالمكاتب عنده ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لم يستحق ملكا في المكاتب وانما استفاد بدل الكتابة فكان بمنزلة مال لو غير باد بذلك لا يستحق جعلا فكذلك هذا قوله ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الاخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناوله اطلاق الكتاب وهذه مسايل من الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري واراد باطلاق الكتاب ما ذكره القدوري بقوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وقال في شرح الطحاوي وهو كان الراد ذا رحم محرم من المولى وعليه فانه ينظر فان وجد الرجل عبد ابيه فلا جعل له سواء كان في عياله او لم يكن وكذلك المراة والزوج وان وجد الرجل عبد ابنه ان لم يكن في عياله فله الجعل وان كان في عياله فلا جعل له وكذلك الاخ وساير ذوي الارحام اذا وجد عبد اخيه ان كان في عياله فلا جعل له وان لم يكن في عياله فله الجعل الى هنا لفظه وبجملته ما ذكر شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه وهو ما اذا رد الابق من اقربا المولى انه لم يكن الراد ولدا فانه ينظر ان لم يكن في عياله فانه يستحق الجعل قياسا واستحسانا لان الراد بايع من وجه اجير من وجه واي ذكر اعتبرنا فله الجعل لانه لو باع شيئا من قريبه استحق الثمن ولو عمل له باجارة استحق الاجر وان كان في عياله وجب الجعل قياسا في المعنى وفي الاستحسان لا يجب لان الرد حصل على سبيل التبرع عرفا وعادة فان العرف فيما بين الناس ان من ابق عبده فانما يطلبه من كان في عياله ويرده متبرعا فلو ثبت التبرع نصا لا يجب الجعل فكذا اذا ثبت عرفا لان الثابت عرفا كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكن في عياله لان التبرع لم يوجد لا نصا ولا عرفا فاما اذا كان الراد زوجا ففي القياس وفي الاستحسان وجه القياس انه بايع واجير ووجه الاستحسان ان الزوج يطلب عبد امراته الابق تبرعا والثابت عرفا كالثابت نصا واما اذا ردت المراة عبد زوجها فلا تستحق الجعل استحسانا لثلاثة اوجه احدها ان المراة تردد عبد الزوج عرفا والثاني انها في عيال الزوج والثالث ان رد الابق من الخدمة والمراة لا تستحق بدل الخدمة على الزوج فان كان الراد ولدا فلا جعل له اصلا اما اذا كان في عيال الاب فللمعنى الذي ذكر في ساير الاقارب واما اذا لم يكن في عياله فلا جعل له ايضا بخلاف ساير الاقارب حيث يجب لهم الجعل اذا لم يكونوا في عيال المولى ووجه الفرق ان الراد بايع من وجه اجير من وجه فعلى الاول يستحق الابن الجعل وعلى

الثاني

الثاني لا يستحق لان الجعل بدل الخدمة فاذا استاجر الاب ابنه للخدمة لا يجب الاجر فكذا هذا اذا اوجب من وجه ولم يجب من وجه لم يجب بالشك وانما كان الجعل بدل الخدمة لانه بدل من رد الابق ورده بعض من الخدمة عرفا ولان العبد كان معدا للخدمة وقد فاتت بالاباق فاعادها الراد فكان الجعل بدل الخدمة من هذه الوجه والابن لا يستحق على ابيه بدل الخدمة بالشرط فكذا بالشرع بخلاف الاب اذا لم يكن في عيال المولى فانه يستحق الجعل سواء اعتبرناه بايعا او اجيرا فعلى الاول ظاهر لانه لو باع شيئا من ابنه استحق الثمن وكذا على الثاني فانه لو استاجر الابن ابيه كان للاب ان يمتنع ولكن ان خدمه استحق الاجر فلما استحق بدل الخدمة بالشرط استحقه بالشرع ايضا وكذلك ساير الاقارب اذا لم يكونوا في عياله فلهم الجعل باعتبار الاب وبين هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده وقال في الشامل في قسم المبسوط رد الوصي عبد اليتيم او من كان في حجره لا جعل لهم لانهم يحفظون مال اليتيم وانه من الحفظ قوله وهو في عياله اي الراد في عيال المولى قوله قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه اي قال القدوري في مختصره وقال في بعض نسخ القدوري فلا شيء له مكان فلا شيء عليه وصحح الراد بمعنى البايع من المولى لان العبد بالاباق زالت ماليته منافعه عن المولى وانما استفاد ذلك بالرد مما يجب عليه وهذا كان للراد حبسه بالجعل كالبايع حقيقة بالثمن وكالملتقط اذا انفق على العبد باذن القاضي يكون له الحبس بالنفقة لكونه كالبايع من حيث الاعتبار حيث احيى ملكه بالانفاق فلما كان الراد كالبايع والبايع اذا هلك بيده المبيع او ابق سقط الثمن فكذلك هنا يسقط الجعل ومعنى قوله فلا شيء عليه اي لا ضمان عليه لكن انما لا يجب عليه الضمان اذا اشهد كما في اللقطة الا ترى الى ما قال الحاكم في الكافي وان مات عنده قبل ان يرد او ابق منه فان كان اشهد حين اخذه انما اخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه وان كان حين اخذه لم يشهد على ذلك فهو ضامن لقيمته في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا علم انه كان ابقا وانما لم يكن عليه الضمان بالاشهاد لانه امانة في يده وهو ماذون في الاخذ شرعا قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه امانة في يده قوله ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق وهذه من مسايل الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري وهذا لانه

المراد بمنزلة البائع والمردود عليه بمنزلة المشتري ومن اشترى عبدا فاعتقه قبل
القبض نفذ عتقه وصار قابضا فيتأكد عليه الثمن فكذا المردود عليه لما اعتقه
صار قابضا وتأكد عليه الجعل بخلاف ما لو دبره ثم مات المولى قبل القبض فعتق حيث
لا يجب الجعل لانه لم يوجد بعد الرد من المردود عليه صنع يصير به قابضا فقد هلك
ما بينه قبل التسليم فلا يستحق جعلا لو دبره المولى حتى دخل تقوم عليه لا يكون قابضا
بخلاف الاعتاق والوقف اذ الاعتاق اتلاف للمالية فيصير المشتري به قابضا والتدبير
ليس باتلاف للمالية فلم يكن قابضا قبل الوصول اليه قال في خلاصة الفتاوى لا اعتاق في
قبض بخلاف التدبير **قوله** وكذا اذا باعه من الراد ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري اعلم
ان بيع الآبق من غير الراد لا يجوز لانه غرر والنبي صلعم نهى عن بيع الغرر اما اذا باعه
من الراد جاز ذلك ووجب الجعل وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه وذلك لانه سلم له
بدل الآبق وهو الثمن وسلامة البدل كسلامة المبدل فيجب الجعل **قوله** والرد وان كان
له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وهذا
جواب سؤال مقدر يرد على قوله لانه في معنى البائع من المالك بان يقال لما كان الراد في معنى البائع
كان المالك في معنى المشتري فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيعه من الراد قبل القبض لورود النهي
عن بيع المشتري قبل القبض فقال في جوابه نعم انه في معنى البائع وللرد حكم البيع لكن ليس
بيعا من كل وجه بل من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه وهذا لان ملك الرقبة
ليس بزايل عن المولى فلما كان كذلك جاز بيع المالك من الراد قبل القبض لانه لم يتناوله
النهي وامتناع جواز البيع قبل القبض ليس من خصايص البيع لا محالة فان بيع العقار
قبل القبض على قول ابي حنيفة وابي يوسف جائز والمعاقبين بقوله وكذا اذا باعه احترازا عن الهبة
لان الهبة بين المردود لا يوجب الجعل اذا كانت قبل القبض لانه لم يتم الرد الى المولى قبل القبض
بخلاف البيع قبل القبض فانه وصول بدله كوصول عينه قال في خلاصة الفتاوى لو وهب المولى
الآبق من الراد ان قبضه ثم وهبه يجب الجعل وان وهبه منه قبل القبض لا يجب الجعل **قوله**
قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده اي قال القدوري في مختصره قال صاحب
الهداية فالاشهاد حتم فيه عليه اي واجب في اخذ الآبق على المراد فاين ثبت انه لا يجب الجعل
عند ابي حنيفة ومحمد اذا لم يوجد الاشهاد عند الاخذ لان الظاهر انه اخذه لنفسه الا

اذا

اذا اشهد حين اشتراه انه انما اشتراه ليرده على صاحبه لانه لا يرجع عليه الا بالشراء
فله الجعل لان هذا الشراء لا يفيد ملكا كالآخذ بل دون الشراء فلو اخذ بدون الشراء
ولم يشهد لا يستحق الجعل وان اشهد استحق فكذا هذا وكذا اذا وهبه الآخذ لرجل
فرده الموهوب له على مولاه او ورثه من الآخذ واحد فرده الوارث الى مولاه او
اوصى الآخذ بالآبق لواحد فرده الموصى له على مولاه ففي هذه الصورة كلها لا جعل
للراد فانه لم يأخذه ليرده بل اخذه لنفسه وهذا بعض قوله وصار كما اذا اشتراه من
الآخذ او اتهبه او ورثه ومسئلة الوصي ذكرها الحاكم في الكافي قال الحاكم فيه وان شهد
شاهدان انه قال حين اخذه هذا آبق قد اخذته فمن وجده طالبا فليس له
عليه فلا ضمان عليه وانكر المولى ان يكون عبده ابقا فالقول قوله الا ان يشهد الشهود
انه ابق من مولاه وان مولاه اقر به فيجب الجعل **قوله** وان كان الآبق رهنا فالجعل
على المرتهن وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الاباق كالهلاك حتى يسقط
الدين به فاذا عاد من الاباق ارتفع الهلاك فعاد الدين كما لو كان الرهن شاة
ماتت فدبغ جلدها فان الدين يعود فكذا هذا ثم الجعل يجب على المرتهن لا على
الراهن لان الفايدة له من حيث تبقيته في الرهن الا ترى انه مضمون عليه بالدين
فصار كانه مملوك فوجب الجعل عليه كما يلزمه النفقة على حفظه ثم لا تفاوت بين
ان يكون الرد حال حيوة الراهن او بعده لان الرهن لا يبطل بموت الراهن فكان الرد
بعد موته وقبله سواء وانما كان الجعل على المرتهن اذا كانت قيمة الآبق مثل الدين او اقل
اما اذا كان اكثر فحصة الدين على المرتهن وحصة الفارغ على الراهن بقدر المضمون لا
غير فيجب عليه الجعل بقدره كثمن الدواء حيث يجب ذلك على المرتهن بقدر دينه وحصة
الفارغ على الراهن فكذلك الجعل قال خواهر زاده في المبسوط للذي جاء به ان يمسك
العبد حتى يعطيه المرتهن الجعل لانه استحقه عليه فلو استحقه على الراهن كان له حق
الحبس فكذا هذا ولانه مستحق شرعا كالثمن كذا في الشامل **قوله** وان كان مديونا فعلى المولى
ان اختار قضاء الدين اي الجعل على المولى وهذه من مسايل الاصل ذكرها تفريعا
لمسئلة القدوري يعني اذا كان العبد مأذونا يعني اذا كان العبد في التجارة مديونا مأذونا
فقلده انسان من مسيرة سفر فان اراد المولى استبقاء العبد على ملكه فالجعل عليه

وان اراد بيعه بالدين فالجعل على الثمن ما لم يباع العبد فليستوفي منه الجعل والباقي
للغرماء لان الجعل مؤنة من مؤن الملك اذ ملك المولى في العبد بعد لحوق الدين صار كالموقوف
بين ان يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء متى اختار البيع
وما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل كذا قال خواهرزاده في مبسوطه
قوله وان كان جانيا الخ اى اذا كان العبد جانيا ذكر هذه المسئلة متفرعا لمسئلة العيون[؟]
وهي من مسائل الاصل اعلم ان العبد اذا جنى جناية خطأ فقيل لمولاه ادفعه او افده
فلم يفعل شيئا حتى ابق فرد من مسيرة سفر فجعله على المولى ان اختار الفداء لان منفعة
الرد سلمت له فكان الجعل عليه وان اختار الدفع فعلى الاولياء الجناية لان منفعة
الرد سلمت لهم فكان الجعل عليهم وذلك لان حقهم كان ساقطا بالاباق لانهم كانوا
لا يستحقون على المولى شيئا فلما رد عاد حقهم فحصلت منفعة الرد لهم فكانوا كالمرتهن
حيث كان حقه ساقطا بالاباق فعاد بالرد كذا هذا فان قلت ينبغى ان لا يجب
الجعل على المولى اذا اختار الفداء لانه سلم له بعوض كالراهن لا يجب عليه وان سلم
عليه العبد بقضاء الدين لانه سلم له بعوض قلت لا نسلم ان العبد سلم للمولى في
مسئلتنا بعوض الا ترى ان الواجب كان عليه احد الشيئين اما الدفع او الفداء فاذا اختار الفداء
كان هو الواجب من الاصل فلما كان واجبا من الاصل لم يكن بدلا من العبد فيكون العبد سالما له
بغير عوض بخلاف الراهن فان العبد سلم له بعوض لانه كان مضمونا بالدين والدين كان عوضا
عنه وفرق محمد بين هذه المسئلة وبين ما اذا رجع الواهب في الهبة بعد ما رد العبد
بعد اباقه وسلم الى الموهوب له فقال اوجب الجعل على من له الملك وقت الرد لا على
من صار له بعد الرد وفي مسئلة الجناية لم يكن الملك لاولياء الجناية وقت الرد بل
حدث لهم الملك بعد الرد ووجه الفرق ان منفعة الرد حصلت لاولياء الجناية بمجرد
الرد لانهم يستحقون عين العبد او بدله على وجه لا يملك المولى الابطال اصلا بتصرف
بعده فاذا حصل لهم منفعة الرد بنفس الرد وهي اما الفداء او الدفع وجب عليهم الجعل كما
في المرتهن بخلاف منفعة الرد في الهبة متى رجع الواهب فان المنفعة ليست بمضافة
الى رد الراد الا ترى ان الموهوب له لو تصرف في العبد تصرفا يزيل الملك كالهبة والبيع
ما كان يتهيأ للواهب الرجوع فاذا كان كذلك كان منفعة الواهب مضافة الى ترك الموهوب

٢٠٨

له التصرف لا الى رد الراد فلم يجب الجعل على الواهب فصار كان الموهوب له وهب العبد للواهب
بترك التصرف المزيل للملك فلو وهب له العبد لا شك لم يجب الجعل على الموهوب له الثاني فكذا
لا يجب على الواهب الراجع لانه كالموهوب له الثاني ولئن قال قائل منفعة الرد حصلت
للواهب بالرد وبترك التصرف جميعا فيجب عليه الجعل قلت لا نسلم ولئن سلمنا لكن التعليل
اذا كان منفعة الرد بهما جميعا لا تكون المنفعة بالرد وحده لا جزء العلة ليس بعلة فاذا
كانت مضافة اليه يلزم ان يكون الحكم مضافا الى ما ليس بعلة لان العلة هي المجموع لا
البعض ولم يذكر محمد في الاصل حكم ما اذا قتل العبد انسانا عمدا فابق ثم رده راد قال
خواهرزاده في مبسوطه قالوا لا يجب الجعل على احد لا على ولى القصاص ولا على المولى فلا
يحصل له منفعة بالرد متى قتل العبد وان لم يقتل وعفى عنه ولى القصاص ايضا لانه ان
عفى لم يسلم له شيء وان قتل ولم يعف فانما سلم له الدم لا المالية والدم ليس بمال والجعل
انما يجب باعتبار رد المالية حتى لا يجب برد الحر قوله لعودها اليهم اى لعود المنفعة الى اولياء
الجناية وان كان موهوبا اى وان كان العبد الابق موهوبا ذكر هذه المسئلة تفريعا لمسئلة
القدوري قال الولوالجي في فتاواه اذا كان الابق لصبي فالجعل في ماله لان الراد بائع او اجير
واى ذلك اعتبر يجب في مال الصغير ومعنى جعل الرد بيعا من وجه من حيث ان ملك التصرف
كان زائلا فعاد اليه ثانيا من جهة الراد ببدل استوجب عليه ومعنى جعله اجارة من وجه من
حيث انه استحق عليه الجعل بمنافع بدنه قال خواهرزاده في مبسوطه عبد ليتيم ابق فرده
الوصي لا جعل له لانه من جملة الحفظ وحفظ مال اليتيم مستحق عليه لا يستحق الاجر عليه بالشرط فكذا
بالشرع قال وكذلك اليتيم في حجر رجل يعوله فابق عبده فاخذه الرجل ليس له جعل لان الرد
حصل على سبيل التبرع لان عائل اليتيم يطلب عبده متبرعا وعاد الثابت عرفا كالثابت نصا
هذا حاصل ما ذكره وختم الكتاب بمسئلة ذكرها الحاكم في الكافي اذا ابق الامة ولها صبي رضيع
فردهما رجل كان له جعل واحد فان كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله جعل ثمانون درهما
وعلل في الشامل قال لان من لم يراهق لم يعتبر ابقا والعبد صبي لانه وتعالى اعلم كتاب
المفقود وهو الذي غاب ولم يعرف انه حي ام ميت بانقطاع خبره قوله اذا غاب الرجل الخ
وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل هنا ان القاضي نصب ناظرا في امر كل عاجز عن حفظ
ماله الذي تركه في وطنه فينصب وكيلا لحفظ ماله ويستوفي حقه نظرا له لما انه عاجز عن

القيام بذلك اصله الصبي والمجنون قال الحاكم في الكافي وان طلب ولده وزوجته من القاضي
ان ينصب وكيلا في خصومته وجميع خلاف المفقود ونحو ذلك من اموره فعله القاضي وكان للوكيل
ان يتقاضى ويقبض ويخاصم من يجحد حقا من حقوقه يجري بينه وبين هذا الوكيل فاما كل دين
كان المفقود تولاه او نصيب له في عقار او عرض في يدي رجل او حق من الحقوق فان الوكيل لا يخاصم
فيه من يجحده الا ان يكون القاضي قد ولاه ذلك ورآه او انفذ الخصومة بينهم فيه فيجوز لانه مما اختلف
فيه القضاة الى هنا لفظ الحاكم قال في خلاصة الفتاوى وذكر الامام شمس الائمة هذا بناء على ان
القاضي هل يقضي على الغائب وهل ينصب وكيلا على الغائب وعن الغائب فعندنا لا وهي
معروفة اما لو فعل وقضى على الغائب نفذ بالاجماع وهكذا ذكر في الروايات في اخر ابواب الدعاوى
انه ينفذ فان قيل المجتهد نفس القضا فينبغي ان يتوقف على امضاء قاض اخر قلنا لا بل المجتهد
سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء ام لا فاذا رأى القاضي
حجة وقضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود بالقذف ثم قال صاحب الخلاصة والعقود
على هذا ونقل الاستروشني في فصوله من فتاوى ظهير الدين وان نفس القضاء مختلف فيه
فيتوقف على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في القذف قوله او المفقود بمنزلة الصبي
اي هو عاجز عن النظر لنفسه قوله وصار كالصبي اي صار المفقود كالصبي قوله لماله اي لمال المفقود
قوله والقائم عليه اي على المال المفقود قوله يعتقده اي يعتقد القائم الذي نصبه القاضي فيه اي
في حقوق العقد قوله ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود وفايدته ان تقبل البينة عليه لانه
ليس من النظر للمفقود وانه قضاء على الغائب قوله لانه اي لان القيام تعدى من المفقود واراد
بنصيب المفقود في عقار ان يكون العقار بينه وبين غيره مشتركا قوله وانما الخلاف في الوكيل
بالقبض من جهة المالك في الدين يعني ان الوكيل يقبض الدين من جهة المالك يملك الخصومة
عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه قوله واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب اي لما
كان الوكيل بالقبض من جهة المالك لا يملك الخصومة يتضمن حكم القاضي بتنفيذ ذلك قضاء على
الغائب وذلك لا يجوز الا اذا رأى ذلك القاضي مصلحة فيحكم بانفاذ الخصومة جاز لوقوعه
في محل مجتهد فيه قال الولوالجي في فتاواه ولو ادعى انسان على المفقود ان عنده حقا من دين
او وديعة او شركة في عقار او رقيق او رد بعيب او مطالبة باستحقاق لم يلتفت الى
دعواه لان الدعوى انما تسمع على الخصم والورثة انما يصيرون خصما بعد موت المورث ولم يظهر

موته

موته فان رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه الى هنا لفظه قوله
ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا للمسألة وفي القدوري
وفسره في شرح الطحاوي بالثمار ونحوها والاصل هنا ان القاضي له ولاية الحفظ في مال
الغائب نظرا له لانه عاجز عن الحفظ بنفسه ثم اذا لم يبع ما يتسارع اليه الفساد يكون
تاركا للحفظ صورة ومعنى فاذا باع فان تارك للحفظ صورة لا معنى لان المالية باقية فيه
بحفظ الثمن والحفظ من وجه اولى من ترك الحفظ من كل وجه ولا يبيع ما لا يتسارع اليه
الفساد في نفقة ولا غيرها منقولا كان او عقارا وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه
وذلك لان القاضي له ولاية الحفظ في مال الغائب لا غير فاذا امكن له الحفظ صورة
ومعنى لم يجز ترك الحفظ صورة بالتغيير الى معنى ثم اذا باع ما يتسارع الى الفساد ينفق
منه على زوجته وولده نص عليه الحاكم في الكافي وذلك لانه اعانة على استيفاء صاحب الحق
حقه وليس بقضاء على الغائب وسنذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى واما الاقارب اذا ارادوا
ان يبيعوا مال الغائب لحاجتهم الى النفقة ففي العقار لا يجوز بالاتفاق وفي المنقول اذا لم يكن
من جنس حقهم نحو الخادم ونحو ذلك لا يجوز لغير الاب بالاتفاق وفي الاب اختلاف
قال ابو حنيفة يجوز له ان يبيع منقول ابنه الكبير اذا كان غايبا لحاجته الى النفقة خلافا
لصاحبيه واذا كان حاضرا لا يجوز للاب ان يبيع منقوله بالاتفاق وجه قولهما ان
بلوغ الابن عن عقل قاطع لولاية الاب فلا يجوز بيع المنقول كالعقار ووجه قول
ابي حنيفة ان الاب له فضل مزية على ساير الاقارب ولهذا استحق النفقة بمجرد الحاجة
وغيره من الاقارب يستحقها بالحاجة والعجز عن التكسب فاذا كان له فضل مزية جاز
له بيع المنقول دفعا لحاجته لان المنقول وان كان مما لا يتسارع اليه الفساد يخاف عليه
الهلاك بخلاف العقار فانه لا يخاف عليه الهلاك يدل على فضل مزية الاب يملك
جارية الابن لحاجة الاستيلاد ولم يثبت ذلك لساير الاقارب ولا يلزم الام حيث
لا يجوز لها بيع المنقول للابن لحاجة النفقة لانها تستحق النفقة بالحاجة والعجز عن
الكسب ايضا لانها خلقت في الاصل عاجزة من الكسب لضعف بنيتها ولهذا بقيت
نفقة البنت بعد البلوغ والحقت بالصغيرة العاجزة ثم قال في الكتاب قال ابو يوسف
ومحمد ابطل بيعه في ذلك كله ولا اجيزه الا بقضاء قاض فاذا قضى القاضي بجوازه نفذ

تعطى في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه عندهم كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه قال
وتنفق على زوجته واولاده من ماله اى قال القدورى في مختصره وجملة ما قال الحاكم في الكافي
ومن كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة له في ماله ما خلا الزوجة وان كان له غلة جعل القاضي
فيها من يحفظها ويقبضها وما كان يخاف عليه الفساد من متاعه فان القاضي يبيعه وينفق
على زوجته وولده منه وما لا يخاف عليه الفساد لا يبيع في نفقة ولا في غيرها فان لم يكن
له مال الا الدار واحتاج ولده وزوجته الى النفقة لم يبع لهم الدار وكذلك لو كان له خادم فان كان
له دراهم او دنانير انفق منه عليهم وكذلك الوديعة يكون له عند رجل فانه ينفق عليهم
منها وكذلك الدين يكون له على الرجل وهو مقر به استحسانا وان اعطاهم الرجل منه شيئا
بغير امر القاضي لم يبرا وكذلك اذا اعطاهم من الوديعة ضمنه فان كان الذي عليه الدين
جاحدا للدين لم يكن احد من الزوجة والولد والابوين خصما في بينته عليه الى هنا لفظ الحاكم
والاصل هنا ان كل من يستحق النفقة في مال المفقود حال حضرته من غير قضاء قاض كالابوين
والاولاد الصغار ذكورا كانوا او اناثا والاولاد الكبار من النساء والزمنى من الذكور الكبار
فالقاضي ينفق عليهم من مال المفقود واصله قوله صلعم لهند امراة ابي سفيان خذي من
مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا كان لهم اخذها بلا قضا كان للقاضي اعانتهم
على ذلك ولا يكون ذلك قضاء على الغايب وهذا لان للقاضي ان يعين صاحب الحق على
ايفاء حقه حال غيبته كما لو علم بوجوب الدين فانه يعطيه الدين من مال الغايب والابوان في
منزلة الاولاد لشمول معنى الولادة وكل من لا يستحق النفقة حال الحضرة بغير قضاء القاضي
لا ينفق عليه من مال المفقود كالاخ والاخت والخال والخالة لانه لم يستحق حال الحضرة الا بها
انفاق القاضي حال الغيبة قضاء على الغايب بايجاب النفقة وذلك لا يجوز لا اعانة
على ايفاء حق وجب على الغايب والفرق بين قرابة الولاد وغيرهم من ساير المحارم حيث
استحق الاولون النفقة بلا قضاء ولم يستحق الاخرون بلا قضاء ان حق قرابة الولاد في
النفقة اكد من حق غيرهم لانهم يستحقون النفقة بالقرابة المحرمة للنكاح وبالولاد وغيرهم
بالقرابة المحرمة لا بالولاد فلما ظهر لهم فضل مزية يثبت استحقاق النفقة بلا قضاء
بخلاف قرابة الاخوة والاخوات وساير المحارم واما الزوجة فحقها في النفقة اكد ايضا
من قرابة غير الولاد ولهذا تستحق النفقة وان كانت غنية والتحقيق هنا ان يقال ان نفقة

الزوجة عوض من وجه من حيث انها لا تستحق النفقة الا بعمل يوجد منها وهو احتباس
ينتفع به الزوج فكانت النفقة عوضا من هذا الوجه وصلة من وجه من حيث انها في
الاحتباس عاملة لنفسها حيث توفي ما استحق الزوج عليها بعقد النكاح والانسان في
ايفاء ما عليه عامل لنفسه فمن هذا الوجه كانت صلة فكان عوضا من وجه صلة من وجه
فكان اكد من صلة من كل وجه قال خواهر زاده في مبسوطه وان استوثق منهم بكفيل فحسن
لجواز انهم اخذوا نفقة هذه المدة من المفقود مرة فياخذ منهم كفيلا حتى اذا حضر المفقود و
اثبت انه دفع اليهم نفقة هذه المدة مرة ولم يبق عليهم اخذ من الكفيل وان شاء ضمنهم
فالمراد التضمين لا بفعل لانه لازم عليهم بلا شرط لانهم لو كانوا اخذوا مرة كان النفقة
مضمونا عليهم ولكن قالوا فيه نوع فايدة وهو انهم ربما لا يعلمون وجوب الضمان عليهم
فيشترط ذلك حتى يعلموا فيمتنعوا من الاخذ مرة اخرى هذا حاصل ما قاله وان كانت
الورثة كبارا ليس فيهم زمانة ولا فيهم امراة اذ كانوا اخوة من الرضاع او بني عم لم ينفق
عليهم من ماله لانهم لا يستحقون النفقة حال حضرة المفقود فكذا حال غيبته والصغار
من الذكور والاناث انما ينفق عليهم اذا كانوا محتاجين كما لو كان المفقود حاضرا بخلاف
الزوجة حيث ينفق عليها وان كانت غنية وهذا الذي ذكرناه من حكم الانفاق فيما اذا كان
مال المفقود دراهم او دنانير واما العروض فلا يبيع من ذلك الا ما يخشى عليه الفساد لانه
للقاضي ولاية في حفظ مال الغايب في بيعه لاجل الحفظ فاذا باع والثمن من جنس
حقهم كان له ان ينفق عليهم منه وذلك لان حقهم الملبوس والماكول فاذا لم يكن في ماله ملبوس ولا
مطعوم الى القضا بالقيمة والقيمة دراهم او دنانير فكانت من جنس حقهم وكذلك
التبر لانه مما يصلح قيمة كالدراهم والدنانير فلهم اخذ جنس حقهم وللقاضي اعانتهم في ذلك
وبالتبر يليق القضا وهذا الذي ذكرنا من انفاق القاضي عليهم من الدراهم و
الدنانير اذا كانت في يد القاضي فان كانت الدراهم والدنانير وديعة عند رجل او
دينا عند رجل مقر فللقاضي ان ينفق منها اذا كان النكاح والنسب ظاهرا
عند القاضي وان لم يكن ظاهرا عنده فلا بد من اقرار ذي اليد بالنكاح والنسب وهذا
هو الاستحسان وفي القياس لا ينفق عليهم من الوديعة والدين قال خواهر زاده في
مبسوطه وليس هذا القياس والاستحسان في الوديعة والدين خاصة بل في جميع

اموال المفقود لان النفقة صلة لا عوض والصلة لا تملك قبل القبض فقبل القبض
فالنفقة باق على ملك المفقود فاذا اعطاها النفقة من ماله كان ذلك قضا بازالة ملكه و
ليس من القضا الا زالة ما لم يكن زايلا او اثبات ما لم يكن ثابتا فكان قضا على الغايب و لان
المودع مامور بالحفظ لا الدفع وحق المراة يصل اليها بالاستدانة لانها امر مشروع
كما لو لم يكن وديعة فلا ضرورة في الانفاق من الوديعة وجه الاستحسان ما روي في حديث
هند امراة ابي سفيان انها جاءت الى رسول الله صلعم فقالت ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني
من النفقة ما يكفيني وولدي فقال النبي صلعم خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف
فثبت بهذا جواز الانفاق من مال الغايب للزوجة والولد لان ابا سفيان كان غايبا
ولان الوديعة والدين مال المفقود وهو من جنس حقهم فكان للقاضي ان ينفق عليهم من ذلك
كما ينفق من ماله الذي كان في يد القاضي او في بيته ثم الحكم اذا ثبت نصا خلاف القياس
فلا يقاس عليه غيره فلا جرم لم يجز الانفاق من مال الغايب على الاخوة والاخوات بخلاف
الابوين لانهما في معنى الاولاد لشمول معنى الولادة ونقول ثبت جواز الانفاق على الاب
دلالة قياسا لان حق الاب في النفقة اكد من حق الولد فان الولد لا يستحق النفقة بمجرد
الحاجة ما لم يكن عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجرد الحاجة وان كان قادرا على الكسب قال
خواهر زاده في مبسوطه ولم يذكر في الكتاب يعني في المبسوط انه اذا كان للمفقود دين او وديعة
انه ينفق اولا من الدين او الوديعة ثم قال وذكر في السير الكبير ينفق من الوديعة اولا لان
القاضي نصب ناظرا والنظر للغايب في الانفاق من الوديعة اولا لا من الدين لانه لو انفق
من الدين اولا ربما تهلك الوديعة في يد المودع في مدة الانفاق فاذا حضر الغايب لا يصل
اليه لا الدين ولا الوديعة ومتى انفق من الوديعة ان جاء المفقود امكنه قبض الدين لانه
مما يرد عليه التوى والتلف فان اعطى من عليه الدين بغير امر القاضي كان الدين عليه على حاله
ولا يبرا من ذلك لانه لم يدفع الدين الى صاحب الدين ولا الى نايبه فصار كالمودع
الى غريم اخر للمفقود او الى اجنبي اخر بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان للقاضي ان يقبض
دين الغايب لما فيه من الحفظ فاذا كان له ان يقبض فكان له ان يامر غيره بالقبض فكان
قبض هولاء بامر القاضي كقبض القاضي فبرى المديون من الدين لانه نايب عن الغايب فان
القاضي نايب عن الغايب في ابقاء ما عليه من الحقوق كما هو نايب عنه في الحفظ وهذا اذا جاز

ان يوفي ما عليه من الدين اذا لم يوجد به بخلاف المودع فانه نايب في حفظه لا في الابقا
وكذا اذا اعطى المودع بغير امر القاضي كان ضامنا لما انه لم يحصل الدفع الى المالك او الى
نايبه فصار كما لو دفعه الى اجنبي فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع لانه اذا دفع الوديعة
الى من في عيال المودع لا يضمن قلت انما لا يضمن بالدفع الى من في عياله اذا دفع ليحفظ
فاذا دفعها للانفاق على نفسه ضمن وههنا دفع للانفاق فضمن اما اذا كان المودع جاحدا
للوديعة او من عليه الدين جاحدا للدين او جحد الزوجية ونسب الولد والوالدين
فاراد امراة المفقود او ولده او والده اقامة البينة لاثبات الوديعة او الدين
او الزوجية او النسب لم يلتفت الى ذلك لان الخصومة انما تسمع في المالك او في نايب
المالك ولم يوجد لا هذا ولا ذاك فلا تسمع الخصومة اما عدم وجود المالك فظاهر وكذا
عدم النايب لان الغايب لم يوكله حقيقة ولا يكون وكيلا حكما ايضا لان ما يدعي على الغايب
ليس بسبب لما يدعي على الحاضر بثبوت الحق فيه وهو النفقة لا محالة لان النفقة كما
تجب له في هذا المال تجب له في مال اخر للمفقود فلم يكن خصما عن المفقود حكما وكشف
هذا سيجي في ادب القاضي في ان القضا على الغايب لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه
بانابته او بانابة الشرع او بكونه نايبا حكما وقال الولوالجي في فتاواه في فصل النفقات من
كتاب النكاح فان جحد المال للغايب او النكاح او كلاهما لم يقبل من المراة بينة عليهما اما
على المال فلانها لا تثبت المال للغايب وهي ليست بخصم في اثبات الملك للغايب واما على
النكاح فلا يثبت النكاح على الغايب والمودع والمديون ليسا بخصم في اثبات النكاح على
الغايب وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قول محمد وكان ابو حنيفة وابو يوسف اولا يقولان
تقبل منها بينة على النكاح لكن على قول ابي حنيفة الاول يقضي بالنكاح وعلى قول ابي يوسف
الاول لا يقضي قوله فمن الاول اي ممن يستحق النفقة بغير قضاء القاضي قوله ومن
الثاني اي ومن لا يستحق النفقة الا بالقضا قوله وقوله من ماله اي قول القدوري في
وينفق على زوجته واولاده من ماله المراد منه الدراهم والدنانير قوله لان حقهم اي حق
قرابة الاولاد والزوجية قوله واذا لم يكن في ماله اي المطعوم والملبوس قوله وهي النقد
اي القيمة الدراهم والدنانير قوله والتبر بمنزلتهما اي ما كان من الذهب والفضة
غير مصوغ بمنزلة النقدين في هذا الحكم اي في القضا بالقيمة قوله وهذا اذا كانت

في يد القاضي اي الانفاق من مال المفقود على الزوج وقرابة الولاد اذا كانت الدراهم والدنانير
في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا فتفصيل ذلك من انفا قوله وهذا اذا لم يكونا ظاهرين
اي الانفاق على الزوجة وقرابة الولاد باقرار المودع والمديون بالوديعة والدين والنكاح
والنسب اذا لم يكن هذه الاشياء الاربعة ظاهرة عند القاضي فان كانت ظاهرة عنده
فلا حاجة الى الاقرار وانما بني الفعل في قوله لم يكونا لانه جعل الوديعة والدين شيئا واحدا
لان محل النفقة هنا المراة وقرابة الولاد في المال الذي هو وديعة او دين فباعتبار المال
جعل الوديعة والدين شيئا واحدا وباعتبار المدعي جعل النكاح والنسب شيئا واحدا يدل
على هذا التاويل ما ذكره بقوله فان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب
يشترط الاقرار بما ليس بظاهر وقيل ان لم تكن الزوجية والنسب ظاهرة عند القاضي
يشترط اقرار المودع او المديون بان يقول هذه زوجة فلان المفقود او يقول هذا ابن فلان
المفقود وكذا ان لم يكن الدين او وديعة ظاهرا عند القاضي يقول من بيده المال هذه وديعة
فلان للمفقود او دين فلان المفقود قوله هذا هو الصحيح اي الانفاق من الوديعة والدين على
الزوجة وقرابة الولاد وهو الصحيح وهو وجه الاستحسان واحترز بقوله وهو الصحيح عن وجه
القياس وهو قول زفر والوجهان قد بيناهما انفا قوله نايب عنه اي عن المفقود قوله وان كان المودع
والمديون جاحدين اصلا اراد بهما جحودهما الزوجية والنسب وكون المال الذي في يدهما
للمفقود وبيانه مر انفا قوله لا يفرق بينه وبين امراته هذا لفظ القدوري في مختصره
وقال مالك انها تتربص اربع سنين واذا تربصت اربع سنين ولم يعلم حال الزوج انه
حي ام ميت يرفع الامر الى القاضي فيفرق القاضي بينهما ثم تعتد من زوجها واذا انقضت
عدتها تزوجت بزوج اخر ان شاءت فان جاء زوجها الاول فهي بالخيار ان شاءت تركها على
الزوج الثاني واخذ المهر منه وان شاء فسخ النكاح الثاني وتزوجها كذا نقل خواهر زاده في
مبسوطه مذهب مالك له ما روي عن عبد الرحمن ابن ابي ليلى انه قال انا لقيت المفقود نفسه
فحدثني حديثه قال انا اكلت خزيرا في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فكنت فيهم ثم
بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة ثم قالوا لي اتعرف النخل قلت نعم فخلوا
عني فجئت فاذا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قد ابان امراتي مني بعد اربع سنين وحاضت
فانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بين ان يردها علي وبين

المهر فاحتج مالك بهذا وقال هذا لا يعرف قياسا فيحمل على انه كالمروي عن رسول الله صلعم فكان
الاخذ بما روي عن عمر اولى ولان امراة المفقود تشبه امراة المولي من حيث ان حقها
في الجماع فات بصنيعه في السفر كفوات حق امراة المولي في الجماع بصنيعه وهو الايلاء
وتشبه امراة العنين من حيث ان حقها في الجماع فات من جهة الزوج بسبب هو فيه معذور
لان الغيبة مباح كما ان حق امراة العنين فات في الجماع بعيب الزوج وهو فيها معذور
فضربنا لها مدة الخلاص لتصل الى حقها في الجماع اربع سنين اعتبارا بالشبهين
فقدرناها بالاربع اعتبارا بشبهة الايلاء وجعلنا الاربع سنين اعتبارا بشبهة
العنة ثم لم توقع الفرقة بعد اربع سنين الا بتفريق القاضي كما في العنة ولنا ما
روى علماؤنا رحمهم الله في المبسوط عن المغيرة بن شعبة عن النبي صلعم انه قال في امراة
المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان وروى محمد بن الحسن في الاصل عن ابي حنيفة عن
حماد عن ابراهيم عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه انه قال في امراة المفقود انها امراة
ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق ولان الغيبة لا توجب ازالة الملك كما في
ملك اليمين فكان ما بعد الاربع سنين كما قبل اربع سنين ورجح علماؤنا قول علي على
قول عمر رضي الله عنهما من ثلاثة اوجه احدها انه روي عن النبي صلعم مثله قوله فكان
قوله تفسيرا لما روي عن النبي صلعم والثاني انه موافق للقياس والثالث انه روي
عن عبد الرحمن ابن ابي ليلى ان عمر رجع عن ثلاث قضيات الى قول علي رضي الله عنهما في
امراة ابي كنف وفي امراة المفقود زوجها وفي المراة التي تزوجت بزوج اخر بعد ما نعي اليها
وفاة زوجها فلما ثبت ان عمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه كان ذلك اجماعا
على قول علي رضي الله عنه اما تفسير امراة المفقود فقد مر بيانه واما تفسير امراة ابي كنف
فهو ما روي عن ابراهيم ان ابا كنف طلق امراته ثم اعلمها وراجعها قبل انقضاء العدة
وسافر ولم يعلمها وقد جاء وقد تزوجت فاتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال
عمر ان وجدته لم يدخل بها فانت احق بها وان كان قد دخل بها فليس لك سبيل ومالك
في هذه المسئلة احتج بقول عمر رضي الله عنه وعلماؤنا احتجوا بقول علي رضي الله عنه فانه قال
الرجل يطلق امراته فيعلمها ويشهد ويراجعها ولا يعلمها انها امراته ولم يعلمها
والمعنى في المسئلة الثاني تزوج منكوحة الغير فيكون الاول احق بها كما لو يطلقها الاول

وذلك لان رجعة الاول قد صحت فلما صحت بقيت المنكوحة له كما كانت ولم يكن للطلاق
اثر في الابانة ولهذا كان الاول احق بها اذا لم يدخل بها الثاني بالاجماع واما تفسير امراة
المنعي اليها زوجها فهو ما روى عن ابراهيم عن علي رضي الله عنه انه قال في المراة ينعى اليها
زوجها فتتزوج ثم يقدم انها ترد الى زوجها الاول ويفرق بينهما وبين الاخر ولها المهر فيه
بما استحل من فرجها ولا يقربها الزوج الاول حتى تنقضي عدتها من الاخر وقال عمر رضي الله
عنه فيها ان زوجها الاول بالخيار ان شاء اخذ مهرها وتركها عند الاخر وان شاء اخذ
امراته والجواب عن قياس مالك رحمه الله نقول لا نسلم ان امراة المفقود تشبه امراة المولي وامراة
العنين وهذا لان الايلاء كان طلاقا معجلا في الابتداء ثم صار طلاقا مؤجلا والطلاق
يزيل ملك النكاح وليس كذلك امراة المفقود فانه لم يوجد من الزوج طلاق اصلا لا
طلاقا معجلا ولا مؤجلا وفي باب العنة ثبت حق الفرقة لفوات حق المراة في الجماع على التابيد
ولان امراة العنة مترددة بين ان يكون عارضا فجعل الشرع العلم الفاصل بينهما مضي
سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة المشتملة على الطبايع فاذا مضت سنة ولم تزل
العنة علم انه كانت خلقة وما كان خلقة لا يزول ابدا وهو الظاهر او لا يزول غالبا
امراة المفقود فان حقها في الجماع لم يفت على التابيد لانه يرجى مجيئه بعد اربع سنين كما
قبل ذلك فيفسد القياس هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في مبسوطه قال في المغرب الكنف
بفتحتين الناحية وبه كني ابو كنف الذي طلق امراته وغاب قوله استهواه اي ذهب
به يقال استهواه اي جره الى المهاوي وهي المساقط والمهالك قوله اعتبارا بالايلاء
والعنة مر بيانه عند ذكر دليل مالك قوله اخذ الجن اي اخذ ملك الجن او منهم اي من
الايلاء والعنة قوله قول علي مبتدا خبره قوله مخرج قوله للبيان المذكور اراد به قوله صلعم
حتى ياتيها البيان قوله في الحديث المرفوع اي المرفوع الى النبي صلعم من يوم ولد حكمنا
بموته اي قال الفقيه ابو الليث في مختصره اعلم ان المفقود اذا مضى له مدة لا يعيش
اكثر منها حكم بموته ويجب على امراته عدة الوفاة ويقسم ماله بين ورثته
الموجودين ولكن في تلك المدة اختلاف الروايات ففي ظاهر الرواية يقدر
بموت الاقران كذا اعتبر محمد في الاصل ولم يذكر محمد انه يعتبرون اقرانه من
اهل بلده او من جميع البلدان لانه ذكر الاقران مطلقا فيتناول اقرانه في السن

من جميع

قال خواهر زاده في مبسوطه ...

من جميع البلدان لا من بلدة خاصة وقال بعضهم يعتبر في السن من اهل بلده لان الاعمار
مما تتفاوت وتختلف باختلاف الاقاليم والبلدان حتى قالوا الصقالبة اطول اعمارا من اهل
الروم فاذا كانت الاعمار مما تتفاوت بتفاوت الاماكن يعتبر اقرانه في السن من اهل
بلده لا من جميع البلدان ثم قال خواهر زاده وهذا القول اصح وارفق بالناس لان التفحص
عن اقرانه من جميع البلدان اما ان يقال غير ممكن او بعد حرج عظيم والذي ذكره الفقيه وري
من تقدير المدة بماية وعشرين سنة هو رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي رواية عن
ابي يوسف انها ماية سنة كذا في الشامل وشرح الطحاوي وفي رواية عنه ماية وخمس
سنين كذا ذكره الامام سراج الدين في فرايضه وعن نصير بن يحيى انها ماية سنة لان
اعمار اهل زماننا قصرت فغاية ما ينتهي اليه عمر الانسان ماية سنة والحيوة بعدها
نادرة لا عبرة بالنادر وروي انه عاش ماية وتسع سنين او اكثر ثم يرجع عن قوله كذا
قال خواهر زاده في مبسوطه وروي عن الشيخ ابي بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لانه
الغالب في اعمار اهل زماننا قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى وقال المتاخرون من مشايخنا
انها ستون سنة رفقا بالناس ونفيا للحرج عنهم لان التفحص عن حال الاقران انهم ماتوا ام لا
حرج قال خواهر زاده ما قاله محمد اقيس لانه يخفى ما قالوا من المدة ان دل على موته فبقي من يبقى من
اقرانه بعد مضي هذه المدة يدل على حياته فيقع التعارض بين دليل الحيوة وبين دليل الموت
بالشك ومتى اعتبرنا موته بموت اقرانه فانما يثبت موته بدليل لا تعارض فيه فكان ما قاله
اقيس واحوط الا ان فيه ضرب حرج من التفحص عن الاقران وما اعتبره المشايخ بعده
ارفق بالناس وجه رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قد قصرت فنهاية ما ينتهي
اليه الاعمار في الغالب ماية وعشرون سنة والحيوة بعد ذلك نادر ولا يعتد به وقال في
الفتاوى الولوالجي قال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي يعني اي وقت راى المصلحة حكم بموته
قوله والاقيس ان لا يقدر بشيء يعني ان الاقيس انه لا يقدر بشيء من المقادير المذكورة
كالماية والتسعين ونحو ذلك بل يعتبر بموت الاقران لان حيوة الانسان بعد موت جميع
اقرانه نادرة لا عبرة بالنادر فكان موت اقرانه دليلا على موته من حيث الظاهر لان الظاهر
انه لا يعيش بعد ذلك فكان ثبوت موته بموت اقرانه بمنزلة الظاهر كالثابت معاينة
او بالبينة فيجري عليه حكم الاموات بعد ذلك قبل الاقيس في تفصيل المقيس كالاشهر في

تفصيل المشهور ومنه المثل اشهر من الشمس واذا حكم بموته اعتدت امراته عدة الوفاة من
ذلك الوقت اى من وقت الحكم بالموت وذلك لان الموت الحكمي يعتبر بموت الحقيقي فلو ثبت موت
المفقود حقيقة تعتد امراته ويقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت الحكم بالموت فكذا
في الموت الذي حكم به بموت الاقران اربعة وعشرين سنة والله اعلم قوله ومن مات قبل ذلك
لم يرث منه هذا لفظ القدوري في مختصره اى من مات من ورثة المفقود قبل الحكم بموت المفقود
لم يرث من المفقود وذلك لان المفقود قبل الحكم بموته حي في ماله ولا ارث لاحد من الحي وهو
حي حكما فصار كالحي الحقيقة قوله ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده وهذا لفظ القدوري
في مختصره وهذا لان المفقود ميت في مال غيره لان اعتباره حيا في حال فقده باستصحاب
الحال وهو عبارة عن ابقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل فيصلح الاستصحاب
حجة للدفع لا للاستحقاق فلهذا اعتبر حيا في ماله ميتا في مال غيره حتى لم يرث احد من المفقود
في حال فقده ولم يرث المفقود من احد بل يوقف نصيبه من مال مورثه فاذا مضت المدة
او علم موته يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذي وقف من ماله ولان المفقود
لم يعلم وجوب حق الغير في ماله الى هذه المدة لعدم التحقق بموته ولم يعلم وجوب استحقاقه
في مال غيره لعدم التحقق بحياته فاستكنا على الايجاب بلا علم قوله ولو كان مع المفقود وارث
لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي
المال بين لا هله كما في ميراث الغرقى والهدمى قوله وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصى اى
لا يقضى للمفقود بالوصية اذا مات الموصي في حال فقده بل تكون الوصية موقوفة كالميراث
الى ان يظهر حاله وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري وقال محمد رحمه الله
في الاصل اوصى رجل للمفقود بوصية لم اقض له بها ولم ابطلها وقال خواهر زاده في
مبسوطه وقال لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يحبس حصة المفقود ولا يقضى للمفقود
الى ان يظهر حاله فكذا هذا قال الولوالجي في فتاواه الاصل ان يوقف نصيب المفقود الى ان يقضى
بموته فاذا قضى بموته جعل في ماله كانه مات الان وفي مال غيره واستحقاقه كانه مات حين فقد
هذا تفسير ما قال محمد رحمه الله يعني به قوله ان المفقود حي في ماله ميت في مال غيره قوله الاصل انه
لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به فيعطى اقل النصيبين ويوقف
الباقي وان كان الوارث وارثا يحجب المفقود حجب الحرمان لا يعطى الوارث شيئا كما في المسئلة
اعني في رجل مات وترك ابنتين وابنا مفقودا وابن ابن وبنت ابن تعطى الابنتان النصف

والباقي

والباقي يوقف ولا تعطى ولد الابن شيئا لان ولد الابن لا ارث له لو كان الابن حيا فلا يرثان بالشك
وجملة البيان هنا ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وهو ما اذا مات الرجل وترك ابنتين
وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يد الابنتين فقال ابن الابن واخته ابونا
مفقود واقر بذلك الابنتان واختصموا الى القاضي فان القاضي لا ينبغي له ان يحرك المال من موضعه
ولا يخرج منه شيئا للمفقود يريد بقوله لا يحرك المال من موضعه اى لا ينزع القاضي شيئا مما في يد الابنتين
وذلك لان النصف مما في ايديهما صار ميراثا للابنتين بموت ابيهما بيقين لان الابن المفقود
ان كان حيا يكون المال بين الابن وبين الابنتين ايضا وان كان ميتا فللبنتين الثلثان
والباقي لولد الابن فالنصف ميراث للبنتين بيقين فلا يؤخذ من ايديهما والنصف الاخر يوقف
على يد من كان في يده للمفقود فلهذا قال لا يحرك شيء من المال من موضعه قوله ولا يخرج منه شيئا للمفقود
اى لا يجعل شيئا مما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة بل يعزل النصف من ذلك ويجعله
على المفقود الى ان يظهر حاله فيكون موقوفا على حكم ملك الميت ان ظهر المفقود حيا يدفع اليه وان ظهر
ميتا انا نسد من يضم الى نصيب البنتين ليتم الثلثان والباقي وهو الثلث لولد الابن قال ولو كان
الابنتان قالتا قد مات اخونا وليس بمفقود وقال ابن الابن وابنة الابن بل هو مفقود فان الجواب
كذلك في اصل الوقف لا في تقدير الموقوف لان في المسئلة الاولى يوقف النصف لان البنتين يدعيان
النصف فيكون النصف الاخر موقوفا وفي هذه المسئلة يدعيان الثلثين والمال في ايديهما فيدفع
بالثلثين لهما والثلث الاخر يوقف الى ان يظهر حال المفقود قال ولو كان ميراث الجد في يد ولد
الابن المفقود فطلبت الابنتان ميراثهما واتفقوا ان الابن مفقود فتعطى البنتان النصف
لانهما يدعيان نصف ما في يدي ولد الابن المفقود وصدقهما ذو اليد في ذلك فيعطيان النصف
ويوقف النصف الاخر على حكم ملك الميت الى ان يظهر حال المفقود قال ولو كان مال الميت في يد رجل
اجنبي فقالت ابنتا الميت مات اخونا قبل الاب وقال ولد الابن هو مفقود فان اخذ الذي
في يده المال بالملك للميت وبان الابن مفقود يعطى الابنتان النصف ويوقف الباقي على يد الذي بيده
الى ان يظهر حال المفقود وانما يعطيان النصف لانه يقين فلو قال الذي بيده المال مات المفقود قبل
ابيه وجحد ذلك ولد المفقود فان الذي في يده المال يجبر على دفع الثلثين الى بنتي الميت لانهما
يدعيان الثلثين وذو اليد صدقهما باقراره بموت المفقود ويوقف الثلث على يده حتى يظهر
حال المفقود لان ذا اليد يقر لولد الابن بالثلث وهم لا يدعون ذلك لانفسهم قال ولو كان الذي

بد به المال بحد وانكروا ان يكون المال لهذا الميت فاقاموا ابنتا الميت البينة ان اباهما مات
وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فانه تقبل بينتهما ويدفع اليهما النصف
اما قبول البينة فلان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما لهم وعليهم واما دفع
النصف فلانه متيقن وما زاد عليه الى الثلثين ففيه شك فلا ينبغي ان ينزع النصف الاخر
من يد ذي اليد ويوقف على يد عدل لانه ما ظهرت خيانته فلا يترك مال الغائب في يد الخائن
بخلاف ما اذا كان ذو اليد مقرا حيث يترك في يده الى ان يظهر حال المفقود لانه لم تظهر
خيانته قال ولو ادعى ولد المفقود ان المفقود قد مات بعد شهادة الشهود لم يدفع اليهم
شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل ابيه او بعده لانهم ادعوا ازالة يد ذي اليد فلا يصدقون
بلا بينة فان اقاموا البينة انه قد مات قبل موته يعطى اليهم الثلث والثلثان للاثنتين
وان اقاموا البينة انه مات بعد موته يعطى لهم النصف لان النصف صار لابيهما
من الجد ثم انتقل اليهما بالميراث قال ولا ننفق عليهم من ذلك المال شيئا ولو كانوا محتاجين
وذلك بعد نصف البنتين لان النصف الذي اوقفناه ليس بملك لهم ولا لابيهم بل هو
باق على حكم ملك الجد والجد حي فلا يمكن ايجاب النفقة عليه هذا حاصل ما قال شيخ الاسلام
في مبسوطه والباقي يعلم ثمة والله اعلم قوله وارث الحجب به اي لا يحجب الوارث بالمفقود والجملة
صفة نكرة واراد بالحجب حجب الحرمان بدليل قوله ولكنه ينتقص حقه به قوله معه اي مع المفقود
قوله وتصادقوا اي تصادق الورثة والاجنبي قوله ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه
خيانة اي لا ينزع النصف الاخر من يده الا اذا ظهرت خيانته كما اذا جحد كون المال للميت
موروثا لهما قوله ولم يظهر هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى اي نظير
المفقود الحمل يعني انه كما يوقف للمفقود يوقف للحمل لكن يوقف له نصيب ابن واحد على ما عليه
الفتوى وهذا احتراز عما روي انه يوقف له اكثر من نصيب واحد بيانه انه يوقف
للحمل نصيب اربعة بنين ان كان نصيبهم اكثر من نصيب البنات كما اذا ترك امراة حاملا و
ابنا فهنا نصيب يوقف للحمل نصيب اربع بنات ان كان نصيبهن اكثر من نصيب البنين
كما اذا ترك امراة حاملا وابوين فالمسئلة من اربعة وعشرين والباقي من فروض اصحاب الفرائض
ثلاثة عشر فهي للبنتين فلو فرض الحمل اربع بنات كان لهن ستة عشر من سبعة وعشرين فيوقف
الاربع بنات وروى ليث بن سعد عن محمد انه يوقف نصيب ثلاثة بنين وفي رواية هشام عنه

نصيب

نصيب اثنين وهي احدى الروايتين عن ابي يوسف وروى الخصاف عن ابي يوسف انه يوقف
نصيب ابن واحد وعليه الفتوى اليوم لاصحاب ابي حنيفة كذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه
وشرحه فقال في المختلف فان مات وترك ابنين وام ولد حاملا روى ابن المبارك عن
ابي حنيفة انه يوقف نصيب اربع بنين ويوقف ثلثا ماله وبه اخذ ابن المبارك والنخعي و
شريك وقال ابو يوسف يوقف نصيب ابن واحد وهو ثلث المال وقال محمد يوقف نصيب
ابنين وهو نصف المال لان ولادة ولدين غالب كولادة الواحد ولابي يوسف ان الا
ولادة الواحد ولابي حنيفة ان ولادة الاربع في بطن واحد قد يكون قال شريك رايت
بالكوفة لابي اسمعيل اربعة بنين في بطن واحد فيجب اعتباره احتياطا الى هنا لفظ
المختلف وقال الشيخ ابو الفضل الكرماني في فرائضه قال ابن المبارك اعجبني هذا القول حتى
رايت من بني اسمعيل اربعة ولد في بطن واحد محمد وعمر وعليا واسمعيل قوله ولو كان معه
وارث اخر الخ اي لو كان مع الحمل وارث اخر فلا يخلو اما ان كان الوارث لا يسقط بالحمل
ولا يتغير به كالابن والجدة مثلا او يسقط به كابن الابن والاخ والعم او لا يسقط به لكن
يتغير به كالام والزوجة ففي الاول يعطى الوارث كل نصيبه وفي الثاني لا يعطى و
في الثالث يعطى الاقل لكونه متيقنا كما في المفقود اذا مات وترك ابنا مفقودا او جدة معه او
اخا او اما فللجدة السدس والباقي موقوف لان الجدة لا تسقط ولا يتغير نصيبها ولا
يعطى الاخ شيئا لانه يسقط بالابن وتعطى الام السدس لكونه نصيبها الاقل من الثلث
لان المفقود ان كان حيا استحق الام السدس وان كان ميتا استحقت الثلث فتعطى السدس
والباقي يوقف الى ان يظهر حال المفقود قوله وقد شرحناه في كتاب المنتهى باتم من هذا اي شرحنا
حكم مسئلة المفقود في الشرح الموسوم بكفاية المنتهى ببيان اتم من هذا البيان وغير قد
استوفينا بيان ذلك قبل هذا انا فلاحق بمبسوط شيخ الاسلام رحمه الله والله تعالى اعلم كتاب
الشركة مناسبة الشركة بالمفقود من حيث ان المال في يد الشريك امانة كما ان نصيب المفقود
من كان المال في يده وايضا نصيب المفقود من مال الموروثة مختلط بنصيب غيره كاختلاط المال
في الشركة فذكرت عقيب المفقود للتناسب لكن لما كان للمفقود مناسبة خاصة بالاباق
من حيث ان المال على عرضية التوى فيهما قدم المفقود على الشركة ثم اعلم ان الشركة عبارة عن
اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الاخر ومنه الشركة بالتحريك

وهو جائز لما بين بسميت لاختلاط بعض الخيل بالبعض ثم يطلق اسم الشركة على عقد الشركة
وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له والشرك والشركة بمعنى قال ابن الدريد
المشترك شركة الرجل اشترك شركا في المال وشارك فلان فلانا شرك عنان او شرك مفاوضة
والعنان في صنف من المال والمفاوضة في جميعه قال الشاعر ابي بن كعب ان تجاره ... يكاثر
شرك عنان وهو اسواه ... وشريك الرجل وشاركه سواء كذا في الجمهرة ثم ركن شركة الملك
اجتماع النصيبين وحكمها ان يكون المال مشتركا بينهما وكل واحد في نصيب الآخر كالاجنبي
لا يجوز تصرفه بدون اذنه وركن شركة العقود الايجاب والقبول بان يقول احدهما للآخر
شاركتك في كذا وكذا وقال الآخر قبلت وحكمها الشركة في الربح ثم شركة الاملاك على ضربين
جبري واختياري فالاول في العين يرثها رجلان والثاني في العين يشتريانها او توهب لهما
او يوصى لهما فقبلا قوله الشركة جائزة لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملونها
وقررهم عليه يعني لما كان الناس يعتقدون عقد الشركة والنبي صلعم لم ينكره دل ذلك
على جوازها فلو لم تكن جائزة لانكرها لانه مبعوث لبيان الحق قال اصحابنا في كتبهم روي ان
اسامة ابن شريك جاء الى النبي صلعم فقال اتعرفني فقال وكيف لا اعرفك وكنت شريكي
نعم الشريك لا تداري ولا تماري وحدث صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة رضي الله
عنه عن النبي صلعم قال يقول الله عز وجل انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه
فاذا خانه خرجت من بينهم ذكره في السنن في كتاب العين قوله فقررهم اي قرر النبي صلعم
الناس على التعامل بالشركة قوله قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك
العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل
واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي اي قال القدوري في مختصره وذلك لان التصرف في ملك
الغير لا يجوز الا باذن او ولاية شرعية ولم يوجد ذلك في حق كل من الشريكين فلم يجز تصرف احدهما
في حق الآخر قال صاحب الهداية هذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب اي شركة الاملاك
لا تنحصر في المذكور في مختصر القدوري والمذكور فيه شيئان الارث والشراء بل يتحقق في غيره كما
اذا اتهب الرجلان عينا او ملكا عينا وهبت لهما وكما اذا املكاها بالاستيلاء مثل ما اذا استوليا
على عين واحد من اعيان مال اهل الحرب وكما اذا اختلط مالهما من غير صنع لهما او اختلط
الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم وكما اذا خلطا ما لهما خلطا لا يمكن به التمييز اصلا

الحفظة

الحفظة بالحنطة او يمكن التمييز لكن بحرج كخلط الحنطة بالشعير ثم الشركة الثابتة
بالاختلاط او بالخلط غير الشركة الثابتة بالارث او بالشراء او بالهبة او بالاستيلاء
فان الشركة متى ثبتت بالاختلاط او بالخلط يجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه
ولا يجوز من الاجنبي الا باذن الشريك والشركة متى ثبتت بالارث وما يجري مجراه يجوز
بيع احدهما نصيبه من شريكه ومن الاجنبي بغير اذن شريكه ولا يجوز التصرف
في نصيب شريكه الا باذن شريكه لان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب
لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد كان سببا لزوال
موجودا من وجه لوجود الخلط غير موجود من وجه لانعدام صفة التعدي
من الخلط فكان الزوال موجودا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد
منهما زايلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي كانه يبيع ملك الشريك من الاجنبي
غير زايل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بشبهة الزوال وشبهة العدم
فاما الشركة الثابتة بالارث وما يجري مجراه لم يوجد بعد من كل وجه فيجوز لكل احد
منهما بيع نصيبه كيف ما كان كذا ذكره الامام الولوالجي في فتاواه والى هذا الفرق اشار
صاحب الهداية بقوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى قوله تمنع التمييز رأسا الا بحرج
اي يمنع ذلك الخلط التمييز اصلا او يمكن التمييز بينهما الا بحرج يعني يمكن بحرج قوله
في جميع الصور بها اي في جميع صور شركة الاملاك غير صور الخلط والاختلاط وقد
ذكرناها آنفا قوله والضرب الثاني شركة العقود هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه وهي على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه اي الضرب
الثاني الشركة قوله وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة سواء
كان عنانا او مفاوضة لان عقد الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة تحصيل
الربح بالتجارة والتصرف في مال الغير لا يجوز الا بولاية او وكالة من طريق النطق او الحكم ولم
يوجد الولاية والنطق بالتوكيل فتعين الثالث ليتحقق الحكم المطلوب من الشركة وهو الربح
وهذا معنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه
اي حكم عقد الشركة المطلوب من عقد الشركة وقوله عقد الشركة منصوب على المصدر
واحترز بقوله قابلا للوكالة عن الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد لانها ليست بقابلة

للوكالة فلا يجوز عقد الشركة فيها وسيجى بيانه فى فصل الشركة الفاسدة **قوله** ثم هى على
اربعة اوجه اى شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع
وشركة الوجوه وهذا التقسيم فيه نظر لانه يوهم ان شركة الصنائع وشركة الوجوه مغايرتان
للمفاوضة والعنان والاولى فى التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوى وابو الحسن
الكرخى فى مختصريهما بقوله الشركة على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال
وشركة بالوجوه وكل واحدة منها على وجهين مفاوضة وعنان وسيجى بيان المفاوضة
والعنان فى شركة الاعمال وشركة الوجوه فاذا وصلنا فى بيانهما تبين الوجهان ان شاء
الله تعالى **قوله** واما الشركة المفاوضة فهى ان يشترك الرجلان فيتساويا فى مالهما وتصرفهما
ودينهما هذا لفظ القدورى فى مختصره وذلك لان المفاوضة هى المساواة والمشاركة
والمفوضة الشركة والناس فوضى فى هذا الامر اى سواء لا تباين بينهم كذا ذكر صاحب الفائق
الا ترى الى قول الشاعر وهو الافوه الاودى لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا
سراة اذا جهالهم سادوا فلما كان معنى المفاوضة المساواة اعتبر التساوى فى المال
والتصرف والدين والمراد من التساوى فى المال اى فى مال تصح فيه الشركة اما اذا تفاضلا
فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والعقار والديون لا يعتد بذلك المفاوضة لانها لا تنعقد
عليها الشركة فلا يمنع صحتها والتفاضل فيها كالتفاضل فى الاهل والاولاد ويجب ان
ينفرد احدهما بنوع من انواع التجارات لان المفاوضة تنعقد عامة فى التجارات ولان
انفراد احدهما بنوع يزيل التساوى وهو شرط فى المفاوضة قال الكرخى فى مختصره
شرط صحتها ان تكون فى جميع التجارات ولا يختص احدهما بتجارة دون شريكه وان يكون
ما يلزم احدهما من حقوق ما يتجران فيه لازما للاخر وما يجب لكل واحد منهما يجب للاخر
ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل
عنه ويتساويان مع ذلك فى رؤس الاموال فى قدرها وقيمتها فاذا تفاوتا فى شى من ذلك
لم يكن مفاوضة وكانت عنانا ويتساويان ايضا فى الربح لا يفضل احدهما الاخر ولا يكون
لاحدهما مال خاص فى يده او دين مودع له مما بينت لك ان الشركة تجوز من الدراهم والدنانير
والفلوس ايضا فى قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله فان كان فى يد احدهما شىء من ذلك لنفسه خاصة لم
يدخل فى الشركة فسدت المفاوضة وكذلك ان صارت فى يده شىء من ذلك بعد المفاوضة

فالمفاوضة

فالمفاوضة تفسد وتصير شركة عنان الى هنا لفظ الكرخى ره وقال فى الشامل فى قسم
المبسوط دراهم احدهما بيض ودراهم الاخر سود جازت المفاوضة الا ان يكون لاحدهما
على الاخر فضل فى الصرف فلا يجوز شركة المفاوضة لما عرف لاحدهما الف درهم وللاخر
مائة دينار جازت ان استوت القيمة وان اختلفت تنعقد عنانا **قوله** قال قائلهم :. ولا
يصلح الناس فوضى لا سراة لهم :. ولا سراة اذا جهالهم سادوا :. اى لا يصلح حال الناس
كونهم متساوين من الاشراف لهم بامورهم ودينهم والسراة جمع سرى ويقع هذا البيت
:. اذا تولى سراة الناس امرهم :. نمى على ذلك امر القوم وازدادوا :. **قوله** فلا بد من تحقيق
المساواة ابتداء وانتهاء فتحته قوله اذ هى من المساواة اى لما كانت المفاوضة عبارة
عن المساواة ابتداء وانتهاء لم يكن بد من تحقيق المساواة فيها بينهما ابتداء وانتهاء
لان المفاوضة من العقود الجائزة بدليل صحة امتناع كل واحد منهما عنها بعد العقد
فانه كان لدوامها حكم الابتداء فالتساوى فى الابتداء شرط فكذا فى الانتهاء ولهذا لو كان
المالان سواء يوم الشركة وفضل احدهما قبل ان يشتريا شيئا فسدت لان المقصود من
الشركة التجارة بالشراء فلا يتاكد قبل الشراء فما يمنع ابتداءها بالمقارنة يبطلها بالطريان
ويصير عنانا لانه لا ينعدم به العنان وان كان ذلك بعد الشراء بالمالين لا تفسد لان
الشركة انتقلت عن الثمن الى المشترى فتغير شرط راس المال بعد خروجه من الشركة لا يبطل
شركتهما ولو اشتريا جميعا بمال احدهما ثم فضل الاخر تفسد المفاوضة قياسا لان المشترى
صار بينهما وراس مال الاخر بقى على ملكه فحصل التفاضل وفى الاستحسان لا يبطل لان الشراء
بالمالين فلما تعقد فلو فسد يلحقهما الحرج هكذا ذكر فى الشامل فى قسم المبسوط
قوله وذلك فى المال اى تحقق المساواة فى المال وكذا فى التصرف وكذا فى الدين حتى لو اختص
احدهما بمال تصح فيه الشركة او بتصرف او دين فات التساوى وفسدت المفاوضة
وكانت عنانا لان كل موضع يتعدم شرط المفاوضة وهو ليس بشرط فى العنان كان
عنانا لانه اتى بعبارة المفاوضة **قوله** والمراد به ما يصح فيه الشراء اى والمراد بالمال الذى
اشترط المساواة فيه هو المال الذى يصح الشركة فيه كالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة على قولهما لا ما لا تصح الشركة فيه كالعروض والعقار والتفاضل فيه لا يبطل
المفاوضة **قوله** وكذا فى التصرف عطف على قوله وذلك فى المال وكذا قوله وكذا فى الدين

عطفا على قوله لذلك في المال قوله لما تبين اشارة الى قوله ولا بين الكافر والمسلم قوله
وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله
وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة وذكر هذا التفريع المسألة القدوري وقال في
المختلف قال الشافعي لا ادري ما المفاوضة وجه القياس ان المفاوضة ضمنت شيئين
كل واحد منهما عند انفراده لا يجوز فبالطريق الاولى لا يجوز عند انضمامهما بيانه انها
تضمنت الوكالة والكفالة والوكالة بمجهول الجنس لا تجوز الا ترى انه لو قال وكلتك
بالشراء او بشراء ثوب لا يجوز الوكالة والكفالة بمجهول ايضا لا يجوز بخلاف الكفالة بمجهول
المعلوم فانها جائزة كما في قوله ما كان لك على فلان فعلي وهذا فيما نحن فيه الوكالة
بمجهول الجنس والكفالة لمجهول فينبغي ان لا يجوز ولان المفاوضة شرطها المساواة
عندكم واعتبارهما لا يمكن لان احدهما يكون له فضل على الاخر في متاع الاهل او ثياب
البذلة ونحو ذلك فاذا لم يمكن اعتبارهما لم يمكن تصحيح المفاوضة ووجه الاستحسان
ما روى اصحابنا في عامة كتبهم عن النبي صلعم انه قال فاوضوا فانه اعظم للبركة وقال ابو بكر
الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وقد روى جواز شركة المفاوضة عن الشعبي
وابن سيرين وغيرهما ولان المسلمين تعاملوا هذه الشركة من غير نكير وكان دليلا
على جوازها ولان كل واحد من الوكالة والكفالة جائزة عند الانفراد فكذا عند الاجتماع
والجهالة التي ذكرها حصلت في ضمن صحة العقد فتحملت كما في المضاربة لان المضارب
في وقت تصرفه وكيل من رب المال لكن بمجهول الجنس فتحملت الجهالة لثبوتها في ضمن
عقد المضاربة لا قصدا فكذا ما نحن فيه فكم من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كما في
احد اعوان الكفالة لا يتعين قصدا ويتعين في ضمن المباشرة ولا نسلم ان اعتبار
المساواة في مال التجارة لا غير وهي ممكنة فيه قوله ولا ينعقد الا بلفظة المفاوضة
لبعد شرايطها بل ~~ان ذلك لفظا عند عقدها~~ من جهل العوام قال الكرخي في مختصره وان
شرطا في عقد الشركة انهما تفاوضا باللفظ بذكران ذلك لفظا عند عقدهما الشركة
فان تركا ذلك كانت عنانا روى ذلك الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة ولم يحك عن احد من
اصحابنا خلافا وهو عندي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الى هنا لفظ الكرخي قال البيهقي
في كفايته ان كان اللفظ قد يمكنه استيفاء المعنى وان لم يتلفظ به يجوز لان العبرة بالمعنى

قوله

قوله حتى لو بينا بلفظ البيعة اي لو بين المتعاقدان جميع ما يقتضيه لفظ المفاوضة
يجوز وان لم يذكر لفظ المفاوضة لان المقصود هو المعنى قوله يجوز بين الحرين الكبيرين
المسلمين اي قال القدوري في مختصره وصاحب الهداية لم يذكر في روايته العاقلين بعد
المسلمين والشيخ ابو نصر ذكره فلا بد من ذلك وذكر هذا النتيجة وحكم لما تقدم من قوله
فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما
يعني لما كان التساوي شرطا في المفاوضة جازت بين الحرين المذكورين لوجود التساوي
وان كان احدهما ذميا والاخر مجوسيا جازت ايضا لتحقق التساوي وهو المراد
بقوله لما قلنا وذلك لان الكفر كله ملة واحدة ولا يجوز المفاوضة واذا كان احدهما
حرا والاخر مملوكا او كان احدهما صبيا والاخر بالغا لعدم المساواة ولان البالغ الحر
يتصرف بولاية نفسه وهو اهل الكفالة بخلاف الصبي والعبد فان صحة تصرفهما
وكفالتهما موقوفة على اذن الولي والمولى قوله ولا بين المسلم والكافر وهذه مسئلة
القدوري ايضا ذكرها تفريعا لما تقدم اي لا يجوز المفاوضة بينهما لعدم التساوي
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يجوز ذلك لتساويهما في التصرف لان كل ما
يملكه الذمي من شرى الخمر والخنزير يملكه المسلم ايضا بالتوكيل وجوابه ان الذمي يملك
بنفسه وبتوكيله والمسلم لا يملك بنفسه لعدم التساوي وصار كالحر مع العبد وقد
نص الحاكم الشهيد على الاختلاف هكذا في مختصر الكافي قوله ولا يعتبر بزيادة تصرف
يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة يعني انهما يتساويان في اصل
التصرف كان احدهما يملك التصرف امانة ونيابة كذلك الاخر لكن احدهما اختص
بزيادة تصرف كالشفعوي يتصرف في متروك التسمية عمدا لانه يعتقده حلالا بخلاف
الحنفي وكذلك النصراني مع المجوسي قوله الا انه يكره استثناء من قوله وقال ابو يوسف يجوز
التساوي بينهما في الوكالة والكفالة وجه الكراهة ان الذمي لا يهتدي الى العقود
الجائزة ولا يحترز عن الربوا فلا يؤمن ان يؤكل شريكه حراما قوله ولا يجوز بين العبدين
ولا بين المكاتبين ذكره تفريعا لمسئلة القدوري قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يجوز
بين الحر والعبد ولا بين العبدين ولا بين المكاتب والحر ولا بين المكاتبين ولا
بين الصبيين وان اذن لهما ابوهما لان فيها ضمانا الى هنا لفظ الحاكم يعني ان العبد

والمكاتب والصبي لكل واحد منهم لا تصح كفالته والمفاوضة تتضمن الكفالة فلا يصح مفاوضة
قوله وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطه ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا اذكر
هذا الكل ليعلم ان كل موضع لا تصح المفاوضة فيه لفقد ان شرطها وهو التساوي
وليس ذلك بشرط في العنان كان عنانا لانه اتى بمعنى العنان بعبارة المفاوضة
لان العنان قد يكون عاما في انواع التجارة وقد يكون خاصا في نوع منها والمفاوضة
عامة فيها نظيره ما ذكره في الشامل في قسم المبسوط وان تفاوض عبدان او مسلم
وحربي كانت شركة عنان قال الولوالجي في فتاواه واذا فقد شرط من شروط
المفاوضة وذلك ليس بشرط في العنان كان شركة العنان لانه امكن اعتبار
العنان بلفظ هو اعم منه كما يمكن اثبات الخصوص بلفظ العموم قوله قال وتنعقد
على الوكالة والكفالة اي قال القدوري في مختصره وتنعقد المفاوضة على الوكالة
والكفالة يعني ان كل واحد من الشريكين يكون وكيلا عن الآخر فيما اشترى وكيلا
عنه اما ثبوت الوكالة في المفاوضة فليس بامر خاص بها بل الوكالة امر عام في
شركة العقود فلتثبت بها سواء كانت عنانا او مفاوضة ليتحقق المقصود من
الشركة وهو تحصيل الربح وهذا لان الربح لا يكون الا بالتصرف في التصرف
في مال الغير لا يخلو اما ان يكون بولاية او وكالة ولم توجد الولاية فتعين
الوكالة ثم الوكالة لا تخلو اما ان يكون نطقا او حكما ليتحقق المقصود من الشركة
ولم يوجد النطق فتعين الثاني فيكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه
في النصف واما ثبوت الكفالة فليتحقق معنى المفاوضة وهو المساواة
في امر هو من مواجب التجارة وذلك الامر هو توجه المطالبة نحوهما فيكون
كل واحد منهما كفيلا عن الآخر فيما وجب عليه بسبب التجارة والمراد بالكفالة
الثابتة في ضمن المفاوضة ان يطالب كل واحد منهما بما اشترى الآخر في التجارة
بحسب واما اذا كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم الآخر عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه
رحمهم الله وسنبين ذلك بعد هذا ان شاء الله تعالى وجملة البيان هنا ما قال في
شرح الطحاوي ان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما هو من ضمان التجارة
او من ضمان يشبه ضمان التجارة وصاحب الدين بالخيار ان شاء اخذ بدينه الذي

لزمه وان شاء اخذ شريكه المفاوض وهو معنى الكفالة اما ضمان التجارة فهو من المشتري في البيع الجائز
او قيمته في بيع الفاسد واجرة ما استاجره واما ضمان الذي يشبه ضمان التجارة
فهو ضمان غصب او ضمان وديعة اذا جحدها او استهلكها لان تقرر الضمان في هذه المواضع
يفيد له ملك الاصل فيصير في معنى التجارة ولو لحق احدهما ضمان ليس من ضمان التجارة
فلا يؤخذ به صاحبه كارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص
قوله على ما بينا اشارة الى قوله قبل صفحة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما قوله
قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم اي قال القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية وكذا كسوته وكذا الادام يعني تكون هذه الاشياء لاحد
المتفاوضين الذي اشتراه خاصة لا على الشركة لكن يطالب كل واحد منهما بالثمن
الا ترى الى ما قال الكرخي في مختصره واذا اشترى احدهما طعاما لاهله او كسوة
او ما لا بد لهم منه وذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه وللبائع ان يطالب
بثمن ذلك ايهما شاء وكذلك اذا اشترى احدهما جارية يطاها باذن شريكه
وليس له ان يشتري جارية للوطء اذا لم ياذن له شريكه وكذلك اذا اشترى جارية
للخدمة الى هنا لفظ الكرخي فالقياس ان يقع المشتري مشتركا بينهما لان قضية عقد
المفاوضة المساواة فيما يصح فيه الاشتراك والاشياء المذكورة مما يصح فيه الاشتراك
كسائر الاعيان الا انهم استحسنوا وقالوا لا تقع هذه الاشياء مشتركة لان الضرورة
داعية الى شراء القوت والكسوة او ما لا بد منه فكانت مستثناة بالضرورة عن المفاوضة
وكانت خاصة بالمشتري لكن البائع يطالب بالثمن ايهما شاء لان كل واحد من شريكي المفاوضة
كفيل عن الآخر فيما يصح فيه الاشتراك وهذه الاشياء يصح فيها الاشتراك وان اختص بها
المشتري للضرورة ثم يرجع الشريك بما قضى على صاحبه المشتري لانه قضى دينه من ماله وليس
لواحد منهما ان يشتري جارية للوطء او للخدمة الا باذن الشريك لانعدام الضرورة فان
اشترى بالاذن فهي له خاصة والبائع يطالب بالثمن ايهما شاء ولا يضمن المشتري
نصف الثمن الآخر ان ادى من مال الشركة عند ابي حنيفة وقالا يرجع صاحبه عليه بنصف
الثمن لانه قضى دينه من مال المفاوضة فصار كثمن الطعام والكسوة ولابي حنيفة ان شراء
الجارية وقع على الشركة في الاصل لعدم الضرورة فيها الا ان الشريك ملك نصيبه للمشتري

بالاذن ووهب له فلا رجوع له في المختلف قال البيهقي في كفايته كامرأة قال اشتر الجارية بيننا وقد
ملكتك نصيبي فيكون هبة وقال في مختصر الكرخي وان اشترى احدهما جارية للوطء باذن شريكه
فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر ايهما شاء لان هذا دين من البيع
والشراء وليس هذا كالمهر في النكاح وذلك لانه لولا الشراء لوجب الحد دون العقر وانما وجب العقر
لاجل الشراء وكان الاخر كفيلا عنه كذا في الشامل قوله لان مقتضى العقد المساواة دليل قوله
يكون على الشركة قوله فان الحاجة الراتبة اي الدائمة من قولهم رتب الشيء اذا استقر ودام
والمترتب دائم ثابت قوله ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله اي لا يمكن
ايجاب شراء احد المتفاوضين على صاحبه ولا يمكن صرف الثمن من مال صاحبه ولا بد من
الشراء اي شراء طعام الاهل وكسوتهم قوله فيختص به ضرورة اي يختص المشتري بالطعام
والكسوة ضرورة انه لا بد من شراء ذلك لما بينا اشارة الى قوله لان مقتضى العقد المساواة
قوله وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء يعني يطالب البائع بثمن الطعام والكسوة والادام
اي المتفاوضين شاء فان شاء طالب المشتري وهو الاصل وان شاء طالب صاحبه
وهو كفيل عنه ثم يرجع بحصته على المشتري مما ادى من مال الشركة لانه قضى دينه وان كان
يقع الشراء للمشتري خاصة قوله قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه
الاشتراك فالاخر ضامن له اعلم ان الدين اذا لزم احد المتفاوضين بدلا عما يصح فيه
الشركة فالاخر ضامن له كثمن المشترى في البيع الجائز وقيمته في البيع الفاسد واجرة المستأجر
وهو معنى قوله مما يصح فيه الاشتراك كالشراء والبيع والاستيجار واذا كان الدين بدلا عما لا
يصح فيه الاشتراك فالاخر ليس بضامن له كارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع
والصلح عن القصاص لا يدخل تحت المفاوضة لانها ليست بتجارة وهذا معنى قوله دون القسم
الاخر الجناية والنكاح والصلح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة وقد استوفينا
بيان هذا عند قوله قال وتنعقد على الوكالة والكفالة ولنا في عبارة صاحب الهداية نظر
لان حق الكلام ان يقول مما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستيجار وكذلك حق الكلام
ان يقول ومن القسم الاخر ارش الجناية والمهر والنفقة الى اخر ما قلنا لانها من الديون الموافقة له
مما لا يصح فيه الاشتراك لان الجناية والنكاح والخلع نفسها الى اخر ما قال فيعلم بادنى فكر
ان شاء الله تعالى قوله واما ضمان الغصب والاستهلاك والاقرار فانه يلزم الشريك نحو ضمانه

قال

قال الكرخي في مختصره روى الحسن بن ابي مالك وعلي بن الجعد عن ابي يوسف ان الغصب
والاستهلاك لا يلزم الا فاعله دون شريكه وكذلك الاقرار بذلك وقول ابي يوسف
في رواية محمد في الاصول مثل قول ابي حنيفة في الغصب الى هنا لفظ الكرخي وجه الظاهر (وجه قول ابي يوسف)
ان ضمان الغصب يشبه ضمان التجارة وقد مر بيانه قبل هذا ووجه ما روي عن ابي يوسف
ان الضمان يتعلق بالفعل فلا يلزم الشريك كضمان الجناية قوله ومن القسم الاخر اي مما لا يصح فيه
الاشتراك قوله الجناية اراد بها الجناية في بني ادم لان ضمان الغصب يلزم الشريك وهو
الظاهر وقد مر آنفا قوله قال ولو كفل احدهما عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة بمال م
وقالا لا يلزم وهذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها في كتاب الكفالة قال الفقيه
ابو الليث وهذا اذا كفل باذن المكفول عنه فان كفل بغير اذن المكفول عنه ينبغي ان
يجب على صاحبه في قولهم جميعا وقال في شرح الطحاوي ان كانت الكفالة بالنفس
فلا يؤاخذ به صاحبه بالاجماع وجه قولهما ان هذا دين لزم احدهما لا على وجه التجارة
فلا يلزم الاخر كارش الجناية والمهر وهذا لان الكفالة تبرع بدليل انها لا تلزم من
ليس له من اهل التبرع كالصبي والعبد المأذون ولهذا لو وقعت في مرض الموت
يعتبر من الثلث وتبرع احدهما على صاحبه لا يجوز الا يرى انه لو اعتق احدهما
عبدا من شركتهما او وهب او تصدق انما يجوز ذلك في حصته خاصة لا في حصة
شريكه كذا في شرح الطحاوي ثم يلزم الكفالة بالمال على صاحبه والكفالة بالنفس
والاقراض ووجه قول ابي حنيفة ان الكفالة بالمال على صاحبه والكفالة بالنفس والاقراض لا
ووجه قول ابي حنيفة ان الكفالة بالمال تبرع ابتداء معاوضة انتهاء بيان كونه تبرعا
ان المريض لو كفل يعتبر من الثلث ولو كفل العبد المأذون لا يجوز كفالته وبيان كونها
معاوضة انه يجبر على الاداء واذا ادى عن المكفول عنه رجع عليه اذا كانت الكفالة
باذنه فلما كانت معاوضة في دار البقاء كانت في معنى التجارة لان لزوم الكفالة على صاحبه بقاء
في حالة البقاء فلزمت صاحبه ولاجل انها معاوضة في حالة البقاء صح اقرار المريض في مرض
الموت فيه بالكفالة بالمال من جميع المال بخلاف انشائه بها فيه حيث من الثلث فصارت الكفالة
بالمال من احد المتفاوضين مضمونة كدين القرض والغصب ليستحق كالكفالة بالنفس لانها تبرع
ابتداء وبقاء والجواب عن قياسهما على الاقراض فنقول لا نسلم ان لا يلزمه عند ابي حنيفة بل هو (يلزم)

على رواية الحسن حتى لو اقرض احد المتفاوضين جاز عليه وعلى شريكه ولا يضمن لشريكه
شيئا وهو مذهب محمد ايضا وعند ابي يوسف لا يجوز كذا في الايضاح وكفاية البيهقي ولئن
سلمنا ان الاقراض لا يلزم على صاحبه عند ابي حنيفة فنقول الفرق بينه وبين الكفالة بالمال
ظاهر لان الكفالة في معنى ضمان التجارة لما قلنا فكانت معاوضة بخلاف الاقراض فانه
تبرع محض ليس فيه معنى المعاوضة وهذا لان المثل في القرض حكم العين اذ لو لم يكن كذلك كان
بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم ان له حكم العين لا حكم البدل فكان الاقراض
اعارة لا معاوضة الا ترى ان الاقراض لا يصح فيه التاجيل لانه لو صح يلزم الجبر
فيما فيه تبرع وهو فاسد فلما ظهر الفرق بين الكفالة بالمال وبين الاقراض فسد
قياسها عليه قوله لانه تبرع اي لان عقد الكفالة تبرع ولهذا لا يصح من الصبي ايضاح
لكون الكفالة تبرعا ولو صدر من المريض يصح من الثلث وهذا ايضا ايضاح لكون
الكفالة تبرعا وانما ذكر الفعل اعني قوله صدر بلفظ التذكير على تاويل عقد الكفالة و
المراد من المريض هو المريض مرض الموت قوله وصار كالاقراض اي صار حق الكفالة بالمال
كالاقراض حيث لا يلزم الشريك قوله لانه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه اذا
كانت الكفالة بامره هذا تعليل لكون الكفالة معاوضة بقاء يعني ان الكفيل يستحق الضمان
عن المكفول عنه فكانت الكفالة معاوضة بقاء وضمان المعاوضة يجب على صاحب المفاوض
قوله من ذكره اي ذكره ابو يوسف ومحمد وكان القياس ان يقول ذكراه بضمير الاثنين او
القياس ان يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للمفعول فلعله وقع
هكذا من قلم الكاتب قوله واما الاقراض فعن ابي حنيفة انه يلزم صاحبه وهو رواية
الحسن وقد مرت آنفا هذا جواب بطريق المنع والمراد من ذكره الصبي والعبد المأذون
والمكاتب قوله ولو سلم هذا جواب بطريق التسليم وجوابه اندرج فيما بينا قال الفقيه ابو الليث
في كتاب العيون روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة قال اذا اقرض احد المتفاوضين
جاز ذلك عليهما قال الفقيه هذا خلاف رواية كتاب المبسوط قوله ولو كانت الكفالة بغير امره
لم يلزم صاحبه في الصحيح وهذا اشارة الى اختلاف المشايخ فيما ذكر محمد في الجامع الكبير يعني اذا
كفل احد المتفاوضين بمال عن اجنبي انما يلزم ذلك صاحبه عند ابي حنيفة اذا كانت الكفالة
بغير امره لم يلزم صاحبه لانعدام معنى المعاوضة واليه ذهب الفقيه ابو الليث في شرح الجامع

الصغير

الصغير من قبل الكفالة بامر المكفول عنه وعامة المشايخ لم يفرقوا في شروح الجامع الصغير
بينهما اذا كانت بامره او بغير امره لاطلاق جواب الكتاب الجامع الصغير قوله وضمان الغصب
والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة اعلم ان ضمان الغصب والاستهلاك يلزم الشريك
في ظاهر الرواية عن ابي يوسف انه لا يلزم وقد مر بيانه عند قوله وما يلزم كل واحد منهما من
الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك وضمان الكفالة يلزم الشريك عند ابي حنيفة خلافا لهما
كان حق الكلام ان يقول وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف في غير رواية الاصول فافهم قوله قال وان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة
او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا هذا لفظ القدوري في
مختصره اي صارت الشركة عنانا وقوله مالا نكرة موصوفة صفته الجملة الفعلية بعده
قال في شرح الطحاوي ولو استفاد احدهما مالا بالميراث او بالهبة او بالوصية او بالصدقة
فانه ينظر ان كان ذلك المال مما لا يقع عليه عقد الشركة لم تبطل المفاوضة وان كان مما
يقع عليه عقد الشركة لم تبطل ايضا حتى يصل الى يده فاذا وصل الى يده بطلت المفاوضة
وصارت شركتهما عنانا في جميع التجارات لان الاصل في المفاوضة اذا فسدت صارت
عنانا وكذلك لو كان راس مال احدهما دراهم وراس مال الآخر دنانير وقيمتهما سواء اذا
زادت قيمة الدنانير او انتقصت قبل الشراء بالدنانير فسدت المفاوضة لان الدنانير
باقية على ملك صاحبها فما ازدادت او انتقصت فقد زاد مال احدهما ولو ازدادت او انتقصت
بعد الشراء فانه لا يوجب فساد المفاوضة لان المشترى بالدنانير صار بينهما نصفين
فلا تعتبر قيمة الدنانير بعد ذلك وقد مر مثل هذا البيان عند قوله فلا بد من تحقيق المساواة
فيشترطه قوله وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار اي العقار
حكمه في الارث حكم العرض لا تفسد به المفاوضة ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري قالوا لو
في ثنائه وان ورث عرضا او ديونا لم تبطل ما لم يقبض الديون لانه لا يصلح راس المال في الابتداء
فلا تبطل العقد حالة البقاء وقال في العيون وقال ابن ابي ليلى اذا ورث احدهما مالا فهو بينهما وقال
اصحابنا هو للذي ورثه فصل قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة هذا لفظ القدوري في مختصره ونقل صاحب الهداية انها تجوز عند مالك بالعروض
والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا وقال في وجيزهم والاتقى انه يجوز في كل مال يعني شركة

العنان لان المفاوضة لا تجوز عند الشافعي رح وقال في شرح الطحاوي وعند ابي ليلى
تجوز الشركة بالعروض وقال الولوالجي في فتاواه شرط شركة المفاوضة والعنان ان يكون
راس كل مال منهما دراهم او دنانير حاضرا في المجلس او غايبا عن المجلس والمال وقت
العقد ليس بشرط صحة الشركة بل الشرط وقت الشراء حتى لو دفع الف درهم الى رجل وقال اخرج
مثلها واشتر بيع فما ربحت فهو بيننا صحت الشركة لقيام الشركة عند المقصود ووجه قول مالك
رح ان النقود تنعقد بها الشركة لان راس المال معلوم فكذلك العروض ونحوها لانها مما ليس ينعقد
لانها معلوم قيمتها بخلاف المضاربة فانها لم تجز بالعروض ونحوها لان القياس يابى جوازها لان
فيها ربح ما لم يضمن لان المال ليس بمضمون على المضارب بل هو امانة في يده فاقتصرت
المضاربة على مورد الشرع وهو الدراهم والدنانير ولنا ان الشركة لو صحت في العروض
ادت الى ان يأخذ ربح ما لم يضمن وانه لا يجوز لنهي النبي صلعم عن ذلك وهذا لانه لو جازت
في العروض فباع احدهما عرضه باضعاف قيمة الاخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح يأخذ
الذي باع عرضه بمثل قيمته من ربح مال صاحبه فيكون ذلك له ربح ما لم يملك وما لم يضمن
بخلاف النقدين فان ما يشتري كل واحد منهما براس المال لا يتعلق الشراء براس المال بعينه وانما
يتعلق بمثله دينا في الذمة او نقول ان من اشترى بعرض غيره او بعين له لا يصير العوض
مضمونا له وانما يتعلق بمثله دينا في الذمة فيتحقق بشرط طيبة الربح وهو وجود المال في الذمة او
نقول ان من اشترى بعرض غيره او بعين له لا يصير العوض مضمونا عليه وهو امانة عنده
ان سلم المبيع وان لم يسلم وهلك في يده بطل البيع فما بالكل كل واحد من مال صاحبه يكون ربح
ما لم يضمن وعلل صاحب التحفة بقوله لان الشركة تقتضي الوكالة والتوكيل على الوجه الذي
تضمنته الشركة لا يصح في العروض فانه لو قال لغيره بع عرضك على ان ثمنه بيننا لم يصح ولو
قال الرجل اشتر بالف من مالك على ان ما اشتريته بيننا وانا اشتري بالف من مالي على ان ما اشتري
بيننا جاز ذلك فلهذا افترقا وهذا معنى ما قال صاحب الهداية بقوله ويبيع احدهما ماله على ان يكون
للاخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشرى احدهما شيئا من ماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جاز
واما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري فيه خلافا في مختصره بل الحقها بالدراهم والدنانير بلا ذكر
الخلاف قال الحاكم الشهيد في الكافي مختصره ولا يجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس
ولم يذكر فيها خلافا ايضا وذكر الشيخ الكرخي في مختصره الاموال التي تصح بها عقد الشركة الدراهم

والدنانير

والدنانير في قولهم جميعا ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد تصح بالفلوس ايضا قال في الشامل في قسم
المبسوط تجوز الشركة بالفلوس لانها تتعين في العقد وعن ابي يوسف لا تصح وهو رواية عن
ابي حنيفة لانه يبيع تارة وثمن اخرى فاشبه المكيل والتبر والحلي الى هنا لفظ الشامل و
قال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون روى الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة قال المضاربة
بالفلوس جايزة وروى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال لا تجوز وقال
في كتاب الرقيات لا تجوز المضاربة بالفلوس في قول ابي يوسف وتجوز في قول محمد الى هنا لفظ كتاب
العيون وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان راس المال احدهما فلوسا لم تجز الشركة
عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الفلوس انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس بثمن
في الاصل وهم يتعاملون ان يجعلها راس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول ابي يوسف
الاول لان الفلوس عنده ثمن على كل حال وقال صاحب الهداية قالوا هذا قول محمد اي قال
المتأخرون هذا الذي ذكره القدوري من جواز الشركة بالفلوس النافقة هو قول محمد
واستدل عليه بمسئلتين احدهما ان الفلوس لا تتعين بالتعيين والثانية لا يجوز بيع
الفلسين بفلس عند محمد اذا كانا عينين فعلم ان الفلوس عنده كالنقود فتجوز الشركة بها
تتعين بالتعيين ويجوز بيع الاثنين بالواحد فاشبهت العروض لان ثمنيتها اصطلاحية
لا تبقى على حال بل تثبت وقتا فوقتا فيكون سلعية بخلاف النقود وجه قول محمد ان الثمنية
تثبت باصطلاح الكل ولا تبطل باصطلاحهما وتبقى كما كانت وان البقية الثمنية
لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع الاثنين بواحد لا يقال المراد من قوله ولا تنعقد الشركة
شركة المفاوضة بدليل قوله بعد ورقة لا تصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح لانه اذا لم يكن
المراد من المذكور اولا شركة المفاوضة بدليل يلزم التكرار في بيان شركة العنان والاصل
عدم التكرار لانا نقول لا فايدة لتخصيص المفاوضة لانهما جميعا لا ينعقدان الا بالمال المذكور
ولو كان مراد القدوري التخصيص لا كتفى باسناد الفعل الى ضمير المفاوضة بل صرح الشركة
حتى يشمل النوعين جميعا لانهما سوا في هذا الحكم وانما قال بعد قوله ص ولا تنعقد الا بما بينا
المفاوضة تصح به لان كلامه اولا وقع عند سياق المفاوضة فلو لم يذكر ذلك الحكم عند ذكر
العنان لتوهم متوهم ان الحكم العنان ليس كذلك فازال الوهم به ودفعا انهما مثل بالعين
لان بيع الفلسين بفلس واحد نسية لا يجوز بالاتفاق لان احد وصفي الربوا لم ينسا

قوله ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد يعني لا يجوز بيع الفلسين بفلس واحد وهو قول ابي يوسف اولا وقد ذكرناه ايضا عن الشيخ الطحاوي قوله الاول اقيس والاظهر اي كون ابي يوسف مع ابي حنيفة اقيس وهذا لان ابا يوسف جوز بيع الفلسين بفلس واحد اذا كانا معينين كابي حنيفة وجعل الفلوس كالعروض فلما كان مذهبه في مسئلة البيع كمذهب ابي حنيفة كان مذهبه ايضا كذلك في مسئلة الشركة لان العروض لا تصلح راس مال الشركة والمضاربة قوله وعن ابي حنيفة صحة المضاربة بها اي بالفلوس وهي رواية الحسن وقد ذكرناه انفا عن كتاب العيون والفلوس النافقة اي الرائجة قال في الجمهرة النفاق ضد الكساد من نفق ينفق فهو نافق

قوله ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما اي قال القدوري وقال الحاكم الشهيد في كتاب الشركة من مختصر الكافي والتبر من الذهب والفضة والحلي المصنوع منهما بمنزلة العروض في ذلك وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الشركة بالاموال التي تتعين بالعقد كنقرة الذهب والفضة ومصنوعهما وتبرهما وما سوى ذلك مثل العروض والحيوان الذي يتعين بعقد المبادلات قال الصدر الشهيد في كتاب المضاربة من الجامع الصغير ولا تكون المضاربة الا بدراهم او دنانير وكذا الشركة لان غير المضروب يتعين بالتعيين فيؤدي الى ربح ما لم يضمن وقال في كتاب الصرف النقرة لا تتعين بالتعيين فعلى قياس تلك الرواية تصح المضاربة والشركة بها الى هنا لفظه ره ونقل صاحب خلاصة الفتاوى عن نسخة الامام السرخسي ان الشركة انما تصح بالدراهم والدنانير والتبر لا يصلح راس مال الشركة في ظاهر الرواية وفي رواية كتاب الصرف التبر كالنقود ثم قال والمعتبر فيه العرف حتى لو كانت في بلد المبايعة بينهم بالتبر فهو كالنقود وقال في كفاية البيهقي واما التبر ففيه روايتان ثم قال وقيل مداره على التعامل وان تعاملوا فهو كالاثمان تصح الشركة والا فالعروض فلا تصح فاقول وجه ما قال في كتاب الصرف ان الذهب والفضة خلقا ثمنين في الاصل فكان التبر والنقرة كالدراهم والدنانير فلم يتعينا بالتعيين فصحت الشركة والمضاربة بهما ووجه ما قال في الجامع الصغير ان الذهب والفضة خلقا للتجارة والصرف لا للثمنية بالصيغة المخصوصة والضرب المخصوص حيث لا يصرف الذهب والفضة عند وجود الضرب الى شيء اخر ظاهرا وغالبا اما التبر والنقرة فليسا كذلك لانهما يصلحان

لانواع الصنعة فلا يصيران ثمنين فلما لم يصيرا ثمنين صارا كالعروض فلم يصح بهما الشركة والمضاربة الا اذا جرى التعامل باستعمالهما ثمنين فيعتبر التعامل كالضرب فيجعلان ثمنين فتصح بهما الشركة والتبر من الذهب والفضة ما كان غير مصنوع والنقرة القطعة الذاهبة من الذهب والفضة قوله وهذا لما عرف اشارة الى ان النقرة لا يتعين بالتعيين انهما اي الذهب والفضة قوله ولا هذه لما عرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين الى الان الاول اصح استثناء من قوله فعلى تلك الروايات يصلح راس المال يعني على رواية كتاب الصرف من المبسوط تصلح النقرة راس المال في الشركة والمضاربة الا ان الاول وهو رواية الجامع الصغير اصح وهي انها لا تصلح راس المال الشركة والمضاربة وقد مر بيانه انفا قوله الا ان يجري التعامل باستعمالهما ثمنا استثناء من قوله الا ان الاول اصح وهي رواية الجامع الصغير وهي ان النقرة لا تصلح راس المال الشركة اصح الا ان اجرى التعامل باستعمال النقرة ثمنا فحينئذ يصلح راس مال الشركة قوله ثم قوله ولا يجوز ما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب اي قول القدوري في مختصره ولا يجوز ما سوى ذلك اي لا يجوز عقد الشركة بما سوى الدراهم والدنانير والفلوس النافقة تتناول الموزون والمكيل والعددي المتقارب وكانه قيد العددي بالتقارب ليظهر ثمرة الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في اشتراط التفاضل في الربح مع استواء المالين اذا خلطا والا فليس فيه كبير فائدة لانه لا يجوز عقد الشركة بالعددي متقاربا كان او غير متقارب الا ترى الى ما قال الكرخي في اول كتاب الشركة من مختصره ولا يجوز ذلك من سائر الاموال مما يكال او يوزن او لا يعد فان عقد الشركة لا تصح بها وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الكرخي اعلم ان المكيل او الموزون او العددي لا يجوز عقد الشركة بها قبل الخلط باتفاق اصحابنا جميعا وهو يعني قول صاحب الهداية ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط قال الحاكم في الكافي اذا لم يخلطاه فليسا شريكين ولكل واحد منهما الربح وعليه وضيعته وقال في المختلف فان خلطاه ثبتت بينهما شركة ملك فاذا باعا فالربح والوضيعة بينهما على قدر ماليهما كسائر الاعيان المشتركة فلو خلطا ثم اشتركا فعن ابي يوسف انه لا يجوز الشركة يعني شركة العقد وقال الكرخي في مختصره وقال ابو يوسف ذلك لا يجوز ولكل واحد منهما مما اشتريا قدر قيمة متاعه فان كانت القيمة سواء فهو نصفان وان كانت مختلفة فعلى حساب ذلك ولم يبين ان اعتبار القيمة يوم البيع او

يوم الخلط فقال في الشامل في قسم المبسوط فان باعاه بعد الخلط فالثمن بينهما على قدر
قيمة متاع كل واحد يوم خلطاه مخلوطا ثم قال والصحيح ان يقوم باعاه لان الحق انتقل
الى البدل بالبيع كقيمة المتلف يوم الاتلاف فان كان احدهما زاد الخلط خير الضرب
بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط فقال قيل الصواب يوم البيع بقيمته غير مخلوط وقال
في الكفاية تعتبر القيمة يوم القسمة فيما له مثل كالمكيل والموزون والعددي والذي
لا يتقارب وفيما لا مثل له يوم الشرا لانه لا يجوز ان يثبت مثله في المال لانه لا مثل
له فيعتبر يوم الشرا ثم المثل وجب المثل في المال ثم وجه قول محمد في جواز شركة العقد بعد
الخلط ان المكيل والموزون عرض من وجه بدلالة ان كلا منهما يتعين بالتعيين وثمن
من وجه من حيث انه الشرا به دينا في الذمة صحيح فلشبه العرض لم تجز الشركة قبل
الخلط ولشبه الثمن جازت بعد الخلط عملا بالشبهين بخلاف العرض فانه ليس فيه جهة الثمنية
فلم تجز الشركة به بعد الخلط ايضا ووجه قول ابي يوسف ان جواز شرط شركة العقد ان
يكون راس المال مما لا يتعين بالتعيين وما نحن فيه يتعين بالتعيين فلا ينعقد
عقد الشركة به بل يكون شركة ملك كما لا ينعقد قبل الخلط والجامع التعيين قبل
الخلط او بعده جميعا واو عليه وصيغته يقال وضيع وضيع التاجر ووكس في سلعته
يوضع وضيعة اي خسر وقال قوم وضع يوضع مثل وجل يوجل ذكره في الجمهرة ولو
ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا شركة لا تنعقد بالاتفاق
اي لو اختلف المالان جنسا ثم خلطاهما لا ينعقد الشركة ذكر هذا تفريعا لما تقدم من
بيان مسئلة القدوري لانه اثبت اولا ان الشركة لا تنعقد قبل الخلط في المكيل والموزون
والعددي المتقارب بلا خلاف بين اصحابنا ثم اثبت الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ان
الشركة هل تنعقد بعد الخلط ام لا وذاك فيما اذا كان المالان من جنس واحد اما اذا
كانا جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن فقال لا تنعقد الشركة بالاتفاق
ومحمد عنا به الى الفرق لانه يقول بانعقاد الشركة بعد الخلط من جنس واحد ولا يقول بانعقاد
اذا عقدا الشركة بعد الخلط في جنسين وفرقه ان المخلوطين من جنس واحد مثلي بدليل
ان المتلف يضمن المثل بخلاف المخلوطين من جنسين فانهما من ذوات القيم بدليل ان
المتلف يضمن القيمة كالعروض فيتمكن الجهالة لانه لا يمكن وصول كل واحد منهما الى

حقه

حقه من راس المال قبل القسمة فلم تنعقد الشركة للجهالة وان لم تصح الشركة فحكم الخلط
قد بيناه في كتاب القضا اراد بها شركة العقد يعني ان شركة العقد لا ينعقد اذا
عقداها بعد الخلط في جنسين اما شركة الملك فتثبت لا محالة لاختلاط المالين
برضى صاحبيهما واما قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضا يعني ان الحنطة اذا كانت
وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان وكذا اذا
خلط المودع الخل بزيت نفسه وقوله بيناه في كتاب القضا فيه نظر لان صاحب الهداية
لم يذكر حكم الخلط فيه بل ذكره في كتاب الوديعة وانما ذكر احكام الخلط في كتاب القضا
في شروح الجامع الصغير والله اعلم بصحة ما قال واذا اراد الشركة بالعروض باع
كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر ثم عقدا الشركة اي قال القدوري في مختصره وهذه
حيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وبه صرح في شرح الطحاوي وهذا لانه قال اولا ولا
تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فكان الامر مضيقا على الناس
ثم ذكر الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض توسعة على الناس وتيسيرا فقال وان اراد
الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر ثم عقدا الشركة ولا شك
ان الظاهر من كلام القدوري هو شركة العقد لا شركة الملك لانه قال ثم عقدا الشركة فقال
صاحب الهداية وهذه شركة ملك وعلل بقوله لما قلنا ان العرض لا يصلح راس المال الشركة وهذا
عجيب من صاحب الهداية وبعد وتوجه عن مثله فصار لتحقيق اما النص فقد ذكره في
المبسوط ولو كان لاحدهما عروض وللاخر دراهم فباع هذا نصف العروض بنصف
تلك الدراهم وتقابضا واشتركا شركة عنان او مفاوضة جاز وكذلك لو كان لكل واحد منهما
عروض فباع هذا نصف العروض بنصف تلك الدراهم وتقابضا واشتركا شركة عنان او
مفاوضة جاز وكذلك لو كان لكل واحد منهما عروض فباع هذا النصف العروض بنصف
عروض صاحبه وتقابضا صارا شريكين ان شاءا مفاوضة وان شاءا عنانا وقد نص الحاكم
في مختصر الكافي قبل باب بضاعة المفاوض على هذا فقال فان باعه نصف العروض بنصف
الدراهم وتقابضا ثم اشتركا شركة مفاوضة او عنانا جاز ذلك الى هنا لفظ الحاكم وقد
اطلق المفاوضة والعنان في هذه الشركة وهما من شركة العقود لا من شركة الملك قال
ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد اذا اراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما

نصف عروضه بنصف عروض الآخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان
بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال وإذا اشتركا هكذا مفاوضة جاز حكى ذلك أبو الحسن
ثم قال أبو بكر الرازي وإنما جازت لأنهما متساويان في حال شركتهما فيهما ولا يحتاج عند القسمة
إلى اعتبار القيمة لأن جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين إلى هنا لفظ أبي بكر رحمه الله
وأما التحقيق فقول الإمام تصحيح العروض رأس مال الشركة قبل البيع لأنه يفضي إلى ربح ما لم يضمن
وقد حققناه في أول هذا الفصل بخلاف ما إذا باع كل واحد نصف ماله بنصف مال الآخر حيث
يجوز عقد الشركة لأن نصف مال كل واحد منهما يكون مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل
ربح مال مضمون فافترقا وقيل الفرق أن فساد العقد قبل البيع لجهالة رأس المال وقت القسمة
لأن العروض لا تبقى بعد التصرف فيجوز أن يزاد رأس المال وقت القسمة باعتبار القيمة و
القيمة تعرف بالحزر والظن فكان مجهولا وجهالة رأس المال وقت القسمة توجب جهالة
في الربح وهذا المعنى معدوم ههنا لأن وقت القسمة لا يحتاجان إلى تقويم رأس مالهما ∴
لتمكنهما من قسمة المشترك من غير تقويم رأس المال وأما قبل البيع فربما يصير عرض أحدهما
أكثر قيمة أو أقل قيمة يوم القسمة فيؤدي إلى ما ذكرنا قال وتأويله أنه إذا كانت قيمة متاعهما
على السواء تأويل ما قال القدوري من بيع نصف عرض أحدهما بنصف عرض الآخر فيما إذا كان
المتاعان سواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة مثل أن
تكون قيمة عرض أحدهما أربعمائة وعرض الآخر مائة يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه
بخمس العرض الآخر فيكون الربح الحاصل من المالين ربح مال مضمون على كل واحد منهما فيطيب له
قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة أي قال القدوري في مختصره وهذا
عطف على قوله فأما شركة في أول كتاب الشركة وإنما انعقدت على الوكالة تحقيقا للمقصود من
الشركة وهو تحصيل الربح بالتصرف وذلك لا يكون بمال الغير إلا بالوكالة فيثبت الوكالة فقد مر بيان
هذا مرتين مرة عند قوله والضرب الثاني شركة العقود وأخرى عند قوله وتنعقد على الوكالة و
الكفالة فيشترط التحقيق عنه وفائدة هذا أن كل واحد من الشريكين يكون وكيلا عن صاحبه في بيع
بالنقد والنسيئة ويشتري إذا كان في يده مال ناض من الشركة وكذا إذا كان عنده مكيل أو موزون
فاشترى بذلك شيئا جاز ولكل واحد أن يبضع وأن يدفع مضاربة لأن المقصود تثمير
بالمال وهذا طريق صالح وعن أبي حنيفة رحمه الله لا يدفع مضاربة لأنه يؤدي إلى اشتراك

الغير في الربح والآخر لم يرض به ولأحدهما أن يأكل بالبيع والشراء لأنه من جملة التجارة كذا ذكر
الولوالجي في فتاواه وإنما لم تنعقد شركة العنان على الكفالة لأن لفظ العنان لا ينبئ عن ذلك
وإنما يثبت الكفالة في المفاوضة تحقيقا لمعنى المساواة التي دل عليها المفاوضة أما العنان
فإنه مأخوذ من عن له إذا عرض له سمي به لأنه شيء عرض في هذا العقد لا على العموم على
الوكالة والكفالة وقيل إنه مأخوذ من عنان الدابة لأن الفارس يمسك العنان بإحدى يديه
ويتصرف بالأخرى فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي ثم شركة
العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا أما العام فهو أن يشتركا في جميع أنواع التجارة
وأما الخاص فهو أن يشتركا في شيء خاص كالرقيق أو الثياب أو الحنطة وغيرها وهذا
معنى قوله وهو أن يشتركا في نوع بر أو طعام أو يشتركان في عموم التجارة قوله أو يشتركان
عطف على سبيل القطع تقديره أو هما يشتركان لما بينا إشارة إلى قوله في أول كتاب
الشركة وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون
ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ويصح التفاضل في
المال هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لأن العنان لا يقتضي المساواة فجاز التفاضل
ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح هذا لفظ القدوري في مختصره وقال
في المختلف قال زفر والشافعي لا يجوز اشتراط المساواة في الربح والمال لأن على التفاوت
ولا على العكس وعندنا يجوز وقال في الأسرار إذا شرطا التفاضل في الربح صح مع التساوي
في المال وكذلك إذا شرطا التساوي في الربح مع التفاضل في المال وقال زفر والشافعي
الربح على قدر رأس المال وجه قولهما أن التفاضل في الربح مع التساوي في المالين
يفضي إلى ربح ما لم يضمن وأنه لا يجوز بالحديث وذلك لأنه استحق أحدهما زيادة
الربح بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال ولأن الربح أحد موجبي عقد الشركة
فيتقسط على قدر رأس المال كالوضيعة ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه
أنه قال الربح على ما اشترطا العاقدان والوضيعة على قدر المال لأنه حق بفضل
الربح فجاز استحقاق الربح فيه بالعمل كالمضاربة ثم العمل قد يقع من أحدهما أكثر
من الآخر ولا يرضى بالتسوية في الربح فلا بد من القول بصحة التفاضل في الربح و
لأن صاحب الأكثر المالين يصير كأنه قال للآخر اعمل أنت في مالك والربح لك وأنا

اعينك فيه واعمل انت ايضا في مالي على ان لك ربع نصفه وانا اعينك فيه ايضا ويكون بمعنى المضاربة
فيصح على هذا الوجه فان قلت اذا كان هذا العقد بمعنى المضاربة ينبغي ان يبطل العقد لان اشتراط
العمل على رب المال في المضاربة يبطل العقد قلت المال في المضاربة امانة في يد المضارب والا
تتم الامانة اذا كانت تخلية بينهما وبين الامين واشتراط العمل على رب المال ينافي التخلية فيبطل
العقد لهذا بخلاف الشركة فان كل واحد من الشريكين كالاجير في مال صاحبه حيث يستحق بعمله في
مال صاحبه وجاز للرجل ان يستاجر اجيرا ليتقبل على عمله فلهذا جاز اشتراط العمل على رب المال
في الشركة فان قلت اذا اشترط جميع الربح لاحدهما لا يجوز لكن اذا اشترط الفضل والجامع
العدول بالربح من التقسيط على قدر المال قلت اذا شرط جميع الربح لاحدهما خرج العقد
عن موضع الشركة فظهر الفرق وفسد القياس ولهذا قلنا اذا شرط لاحدهما جميع الربح
في المضاربة بطل معنى المضاربة لانه لا يخلو من احد الامرين اما ان يشترط الربح للدافع
او للدافع وللعامل في الاول يكون المال بضاعة وفي الثاني قرضا وهذا معنى قوله لانه يخرج العقد
به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب
المال والضمير في قوله باشتراطه راجع الى اهل الربح في الموضعين جميعا والجواب عن قولهما ان
الوضيعة لحن بحسب الشركة فنقول لا نسلم لانها ليست بمقصودة من الشركة فلما لم تكن مقصودة
كانت على قدر راس المال بخلاف الربح فانه مقصود بالشركة فلما ظهر الفرق فسد القياس قال صاحب
التحفة لا شك انهما اذا شرطا الربح بينهما نصفين جاز بالاجماع وان كان راس مالهما على
السواء سواء شرطا العمل عليهما او على احدهما لانه استحق الربح بالمال او بالعمل وقد وجد التساوي
في المال وان شرطا الربح بينهما اثلاثا فان كان العمل عليهما جاز سواء كان فضل الربح لمن كان راس ماله
اكثر او اقل لانه يجوز ان يكون به زيادة حذاقة فيكون الربح بزيادة العمل وان شرطا العمل على احدهما
فان شرطا العمل على الذي شرطا له فضل الربح جاز لانه عامل في ماله وبعمله وعامل في مال
شريكه ببعض ربحه والربح يستحق بالعمل وان شرطا العمل على اقلهما ربحا خاصة لا يجوز لانه هذا
اشتراط لزيادة الربح لغير عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا بمال او عمل او ضمان ولا يغني قولنا الا
بعمل وجوده بل شرطه الى هنا لفظ التحفة قوله للشركة في الاصل الى اصل المال قوله وهذا
العقد يشبه المضاربة الخ هذا جواب قول زفر والشافعي ان التفاضل في الربح مع تساوي المال
يؤدي الى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم بيانه ان هذا العقد اي شركة العنان له شبه بالمضاربة

المضاربة وشبه بشركة المفاوضة اما الاول فاعتبار العمل لان كل واحد من الشريكين
يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال واما الثاني فاعتبار الاسم والعمل اما
اما الاسم فلان كل واحد من العنان والمفاوضة يسمى شركة واما العمل فلان شريك العنان
يعمل في مال صاحبه كالمفاوض فعملنا بالشبهين فقلنا صح اشتراط الربح من غير
ضمان لشبه المضاربة ولم يبطل العقد باشتراط العمل على صاحب المال لشبه الشركة هذا
حاصل معنى كلام الهداية ولنا فيه نظر لانه لم يجز عقد الشركة بالعروض قبل هذا لانه ربح ما لم
يضمن فلو كان يجوز ربح ما لم يضمن باعتبار شبه المضاربة لجازت ايضا لحصول هذا
الشبه فعلم ان فيه ضعفا والتحقيق ما اسلفناه اولا وهو ان التفاضل انما جاز باعتبار العمل
لان الربح يستحق باحد الاشياء الثلاثة بالعمل او بالمال او الضمان وقد حصل العمل هنا كما في
المضاربة قوله فانهما يعملان اي ان الشريكين يعملان كل واحد منهما في نصيب صاحبه قوله
ويشبه الشركة اي عملنا بشبه الشركة قوله قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون
البعض اي قال القدوري في مختصره اي يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد من الشريكين
ببعض ماله دون البعض بان يكون له مال اخر مما تجوز عليه الشركة سوى المال الذي اشترك
به وذلك لان المساواة في العنان ليست بشرط لانه لا دلالة فيه عليها قوله ولا تصح الا
بما بينا ان المفاوضة تصح به هذا لفظ القدوري اي لا تصح شركة العنان الا بما
قلنا عند قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ولا تصح بالعروض
لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو المراد من قوله للوجه الذي ذكرناه يعني في اول هذا الفصل قوله
ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم هذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الاخر سود اي وكذا يجوز ان يشتركا
من احد الشريكين دراهم بيض ومن الاخر دراهم سود وقال في الاسرار وكذلك الصحاح و
المكسرة خلافا لزفر والشافعي لهما ان الدراهم والدنانير مالان لا يختلطان فلا تنعقد
بهما الشركة قياسا على الدراهم مع العروض ولنا انهما مالان من جنس الاثمان فتنعقد
بهما الشركة كما اذا كانا من جنس واحد وعلى صفة واحد بخلاف الدراهم مع العروض لان
احد البدلين ليس من جنس الاثمان ولان اول هذا العقد وكيل في التصرف واخره اشتراك
في الربح فلم يشترط الاتحاد في المال ولا الخلط كما في المضاربة فلو قال ان الشركة في الجنس يؤدي

الى جهالة الربح لان راس المال عند القسمة يستوفى بالقيمة وهى مجهولة فلا تصح الشركة فى العروض
قلنا لا نسلم الجهالة لان كل واحد منهما يمكنه ان يستوفى راس ماله بعينه من غير قيمة بخلاف
العروض فظهر الفرق قوله ولا يتحقق ذلك الا بالخلط قوله سنبينه اى سنبين اشتراط الخلط
فى جواز الشركة عند زفر والشافعى وعدم اشتراطه عندنا فعندنا تجوز الشركة وان
لم يخلط المال قوله قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الاخر اى قال
القدورى فى مختصره وهذا لما ان شركة العنان تنعقد على الوكالة دون الكفالة فلا يكون
كل واحد منهما كفيلا عن الاخر فلما كان انعقادها على الوكالة كان المشترى واقعا لنفسه فى
البعض بطريق الاصالة وللشريك فى البعض الاخر بطريق الوكالة والعاقد فى الشرا
هو المطالب بالحقوق فلهذا توجه المطالبة اليه دون شريكه قوله قال ثم يرجع على شريكه
بحصته منه اى قال القدورى ثم يرجع الذى اشتراه على شريكه بحصة شريكه من الثمن
يعنى اذا قضى المشترى الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة لانه وكيل فى نصيب صاحبه والوكيل
اذا ادى الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا هنا ثم اذا كان لا يعرف ادا الثمن من مال
نفسه لا من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة على ذلك وان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه
مع يمينه قوله قال واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة
اى قال القدورى فى مختصره وهذا لان هلاك المال يفوت المعقود عليه فاذا فات المعقود عليه
لا يبقى العقد كما فى البيع وانما يفوت المعقود عليه بفوات المال لان المال وهو النقود فى الشركة
يتعين وان كانت لا يتعين فى ساير المعاوضات عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمه الله
ثم بطلان الشركة عند هلاك المالين ظاهر وكذا اذا هلك احد المالين قبل وجود التصرف
لان الشركة لما بطلت فى الهالك بطلت فيما يقابله لان صاحبه لم يرض بمشاركته فى
ماله الا ان يشركه هو فى ماله ايضا وقد عدم هذا الشرط بهلاك احد المالين فبطلت الشركة
فى المالين جميعا ثم الهلاك يعتبر هالكا من مال صاحبه حتى لا يرجع بنصف الهلاك على
الشريك الاخر لانه لم يهلك على الشركة حيث بطلت الشركة بهلاك المال وهذا ظاهر اذا هلك
فى يد صاحبه وكذا اذا هلك فى يد الاخر لان المال فى يده امانة ولا ضمان على الامين بخلاف
ما اذا هلك بعد الخلط لانه يهلك على الشركة لعدم التمييز ثم قول صاحب الهداية بخلاف
المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض

فيه نظر لان النقود يتعين فى المضاربة والشركة جميعا قبل القبض والتسليم حتى اذا هلكت
قبل التسليم بطلتا نص عليه فى الزيادات فى باب من الوكالة بالشئ بكونه على غيره ما امره
بخلاف الوكالة فان النقود فيها لا تتعين قبل التسليم اما بعد التسليم ففى تعينها اختلاف
المشايخ قال فخر الاسلام فى شرح الزيادات فى رجل وكل رجلا بان يشترى له جارية بما
فى هذا الكيس وهو الف درهم او بالف درهم الذى فى هذا الكيس فاشتراها له ثم كان امره
ثم نظر ما ذا فى الكيس دنانير او فلوس او اقل من الف او لا شئ فيه فالشرا جائز على الموكل
لان الوكالة لا يراد بها الا الامتثال فاعتبرت الوكالة بالشرا يعنى الشرا لما كان وسيلة
لا غير والنقود لا تتعين فى الشرا لم يتعين فى الوكالة بخلاف المضاربة والشركة فانها
تتعين حتى اذا هلكت قبل بطلت المضاربة والشركة بخلاف الوكالة لان المقصود من
الشركة الاشتراك والربح والتصرفات من ثمراته فلم تعتبر بالشرا والبيع بل اعتبر بنفسه
وهو بنفسه ليس بمعاوضة لكنه بمعنى الهبة فتعينت النقود فيها فاما اذا اتصل التسليم
فى الوكالة فقد قال بعض مشايخنا يتعين فيها النقود وقال بعضهم لا يتعين الى
هنا لفظ فخر الاسلام قوله والوكالة المفردة احتراز عن الوكالة الثابتة فى ضمن عقد
الشركة وفى ضمن عقد الرهن فان النقود يتعين فيها قوله المثقال اراد بهما الدرهم والدينار
قوله فيجعل الهلاك من المالين اى يجعل الهلاك هالكا من المالين قوله وان اشترى احدهما
بماله وهلك مال الاخر قبل الشرا فالمشترى بينهما على ما شرطا هذا لفظ القدورى فى
مختصره وذلك لانه اشترى حين كانت الشركة قايمة بينهما فوقع الملك بينهما ثم هلاك
مال الاخر بعد لا يغير حكم الملك ثم اختلف محمد وحسن ابن زياد فقال محمد هى شركة عقد
حتى ان ايهما باعه جاز وقال الحسن شركة ملك حتى لا يجوز لاحدهما ان يتصرف فى
نصيب الاخر وجه قول الحسن ان الشركة التى عقداها ارتفعت بهلاك مال الاخر وانما
بقى ما هو حكم المشترى وهو الملك فلم يجز لاحدهما ان يتصرف فى نصيب الاخر ووجه قول
محمد ان هلاك احد المالين وقع بعد ما حصل المقصود من الشركة بالمال الاخر وهو الشرا
فتمت الشركة فى المشترى وان كانت مرتفعة فى الهلاك ثم هلاك مال الاخر بعد تمام
الشركة لا يغير حكمها فجاز تصرف كل فى نصيب الاخر ثم كان المشترى بينهما قال
القدورى يرجع على شريكه بحصته من الثمن اى بحصة الشريك من ثمن المشترى ذلك

فلانه اشترى حصة الشريك بالوكالة عنه وقد نضب الشريك من مال نفسه والوكيل اذا نقد
الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا ههنا هذا الذى قلنا فيما اذا اشترى احدهما
بماله ثم هلك مال الاخر اما اذا هلك احد المالين ثم اشترى الاخر بماله فلا يخلو من
احد الامرين اما ان يكون الوكالة مصرحا بها او ثابتة فى ضمن عقد الشركة فالاول
مثل ان يشتركا على ان ما يشتراه كل واحد منهما فهو بينهما والربح بينهما نصفين او ثلاثا
نفى الوكالة المصرح بها يكون المشترى بينهما بحكم الوكالة المقصودة لا بحكم عقد الشركة
لان الشركة تبطلت بهلاك احد المالين فبقيت الوكالة المقصودة فكان الشرا واقعا
لهما والملك بينهما على ما شرطا ويرجع على شريكه بحصته من الثمن فتكون الشركة شركة
ملك لا يجوز لاحدهما ان يتصرف فى نصيب الاخر الا باذنه لان الملك حصل بالوكالة
والوكيل لا يتصرف فى المشترى بدون اذن الموكل فكذا ههنا اما فى الوكالة التى ثابتة فى
ضمن عقد الشركة فيكون المشترى لمن اشتراه خاصة لانه اشتراه بعد زوال الشركة
والوكالة جميعا لان الوكالة ثابتة فى ضمن عقد الشركة فلما بطلت الشركة التى تضمنتها
بطل ما كان فى ضمنها تبعا قوله وقد بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته قوله وان
ذكرا مجرد الشركة عطف على قوله ان صرحا بالوكالة قوله فانه بطلت فيبطل ما فى ضمنها اى فاذا
بطلت الشركة تبطل الوكالة الثابتة فى ضمن عقد الشركة الخ وقد مر البيان قوله قال وتجوز
الشركة وان لم يخلطا المال اى قال القدورى فى مختصره وقال زفر لا تصح الشركة حتى يخلطا
المالين خلطا لا يميز احدهما من الاخر وبه قال الشافعى رح كذا فى شرح الاقطع وجه
قولهما ان الربح فرع المال ثم الشركة فى الفرع الذى هو الربح لا يكون الا بعد وجود الشركة
فى الاصل الذى هو المال ولا تكون الشركة فى المال بلا خلط لان الشركة هى الخلطة وانما
قلنا ان المال اصل والربح فرعه لان محل العقد هو المال والدليل على ان الربح فرع المال
ان الربح يضاف الى المال ولذا يشترط تعيين راس المال فلما ثبت هذا الاصل وهو ان
الربح فرع المال والشركة فى الربح لا تكون الا بعد الشركة فى الاصل اشترطا الاتحاد فى
الجنس والخلط والتساوى فى الربح عند التساوى فى المال ولم يجوزوا شركة التقبل لعدم
المال ولنا انه عقد يقصد به الربح فلا يكون الخلط من شرطه كالمضاربة الا ترى انه لو
قال لرجل اشترعبدا بالف على ان يكون بيننا نصفين وقال له الاخر مثل ذلك فاشتريا

حبد بن صار كل واحد من العبد بن مشتركا بينهما من غير خلط فاذا حصلت الشركة
بلا خلط فلان يجوز بلا خلط فى ضمن عقد الشركة اولى لانه لم يبق يلتفت هنا ولا يلتفت فصل
ولان الشركة فى الربح فرع الشركة فى العقد ولان هذا العقد يسمى شركة لا يسمى بغير
ذلك من العقود كالنكاح والبيع ونحوهما فلما حصلت الشركة فى الاصل الذى هو العقد حصلت
الشركة فى الفرع الذى هو الربح الخ لتحقيق معنى اسم عقد الشركة فلم يشترط الخلط بيان ذلك
ان عقد الشركة يوجب التصرف لكل واحد من الشريكين الى نصيب الاخر بسبيل الوكالة
ثم التصرف يكون سببا للربح فاذا حصل الربح يكون مستندا الى العقد لان العقد
علة الوكالة فى التصرف والتصرف حكم الوكالة علة الربح والحكم كما يضاف الى العلة
يضاف الى علة العلة فكان الربح مستندا الى العقد بهذا الطريق فان المال كما ما لا
ان صح ان الربح فرع العقد وقد حصلت الشركة فى الاصل وهو العقد بلا خلط حصلت
الشركة فى الفرع وهو الربح الذى استفيد من العقد فلم تكن اتحاد الجنس شرطا ولا الخلط
ولا التساوى فى الربح وصحة شركة التقبل وان لم يوجد المال ولا نسلم ان الربح فرع
المال الا ترى ان المضارب يستحق الربح بلا اشتراك فى اصل المال فان قالوا موضوع عقد
الشركة خلط المالين فاذا لم يوجد الخلط لا يوجد مقتضى العقد بنفسه كما فى الصرف
والسلم اذا لم يحصل مقتضاهما فى المجلس وهو التقابض قلنا لا نسلم ان موضوعه
الخلط وهو عين النزاع وكيف يقال هذا والانسان لا يقصد بالشركة مع اخر
ان يكون لصاحبه حق فى ماله بل المقصود الشركة فى الربح والاعيان المشتراة
والشركة فيها تحصل بلا خلط فاذا لم يكن موضوعه الخلط فقد فسد القياس فان
قلت قبل الخلط لا يبقى المالين متميزين ولا تصح الشركة فى المتميزين كما فى العروض
قلت لا نسلم ان علة فساد الشركة فى الاصل عدم التمييز بل العلة فيها انها ليست
من جنس الاثمان وتقتضى الى ربح ما لم يضمن بخلاف النقدين وقد مر بيان هذا فى اول
الفصل قوله لما له عمله نصب بنزع الخافض اى من ماله وعمله وهى اخوه العمل قوله
وهذا اصل اشارة الى قوله لان الربح فرع المال قوله لهما اى لزفر والشافعى حتى يعتبر
اتحاد الجنس ايضاح لكون هذا المذكور اصلهما قوله ولان الدراهم والدنانير
لا يتعينان يعنى فى الشرا لا فى الشركة اى لا يتعينان فى حق الاستحقاق اذا وجب

الشركة بهما قوله في المستفاد به اي بالتصرف قوله وهو الربح اي المستفاد هو الربح قوله بل وبه اي
بدون الخلط قوله وصار كالمضاربة اي صار عقد الشركة كالمضاربة يعني ان الربح في المضاربة
يستحق بلا شركة في اصل المال فكذا في عقد الشركة فلم يلزم من الاشتراك في الربح الاشتراك في اصل
المال قوله ولا تجوز الشركة اذا اشترط لاحدهما دراهم مسماة بالربح اي قال القدوري في مختصره وذلك
لانه شرط يقتضي رفع عقد الشركة لانه من الجائز ان لا يكون الربح سوى القدر المذكور فيكون
الربح لاحدهما خاصة وهو خلاف مقتضى الشركة لان مقتضاها الاشتراك في الربح لا اختصاص
واحد منهما ونقل في الفتاوى الصغرى عن خواهر زاده انه ذكر في اول المضاربة الشركات لا تبطل
بالشروط الفاسدة واذا اشترطا في المضاربة ربح عشرة او في الشركة تبطل لا لانه شرط فاسد
بل لانه شرط ينتفي به الشركة قال في الشامل في قسم المبسوط اشتركا على ان تكون الوضيعة لا على قدر
راس المال بان جاء احدهما بالف والآخر بالفين على ان يكون الربح والوضيعة نصفين فهي فاسدة
يعني الشرط فاسد لان راس المال امانة في يد الشريك والامانة تضمن بالشرط كالوديعة والعقد جائز
لان الشركة عقد جائز والشرط لا يلزم في عقد جائز ولان المقصود الربح والفساد لا يتعدى اليه فان
عملا على هذا الشرط وربحا فالربح على ما اشترطا لما عرف والوضيعة على قدر راس مالهما لان هلاك
الامانة يكون على صاحب المال الى هنا لفظ الشامل قوله ونظيره في المزارعة اي نظير ما قلنا من جواز
عدم الشركة ثابت في المزارعة وهو ما اذا اشترطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لانقطاع
الشركة في الخارج اذ من شرط المزارعة ان يكون الخارج مشتركا بينهما لانها تنعقد شركة في
الانتهاء قوله قال ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان الشركة تنعقد على عادة التجار وفي عادتهم الابضاع فيجوز ولان لكل واحد من الشريكين ان
يستاجر اجيرا على عمل يحصل به الربح فاذا كان له ولاية الاستيجار وهو اعلى حالا من الابضاع
دونه كان له ولاية الابضاع ايضا لان في الابضاع يحصل الربح بلا اجر وهو معنى قوله والتحصيل بغير
عوض دونه اي دون الاستيجار فيملكه اي يملك التحصيل بغير عوض وهو الابضاع وقوله والتحصيل بغير
عوض بالرفع وكذا يجوز لكل واحد من الشريكين ان يودع مال الشركة لان عادة التجار فيما بين المسلمين
جرت كذلك قال الحاكم الشهيد في الكافي وليس له ان يعير في القياس فان فعل فما عار ذلك [illegible]
تحت المستعير فانيك [illegible]
[illegible]

فيه ان المستعير ضامن لنصف قيمة الدابة لشريكه ولكني استحسن ان لا اضمنه وهذا قول
قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وكذلك لو اعار ثوبا او دارا او خادما الى هنا لفظ الحاكم
ره قوله ويدفعه مضاربة اي قال القدوري في مختصره وقوله ويدفعه بالنصب عطف على
قوله ان يبضع وهذه رواية الاصل وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ان يدفع المال مضاربة
لانها ايجاب الشركة في الربح وليس لشريك العنان ان يشارك غيره لان الشركة الثانية تكون مثل الاولى فلا
من اتباعها واحكامها فكذا لم يجز له ان يدفعه مضاربة الا اذا نص على ذلك كما يجوز ان يشارك
غيره اذا نص عليها ووجه رواية الاصل ان المضاربة دون الشركة فجاز ان يتضمن معنى الشركة
المضاربة ولان لكل واحد من الشريكين ان يستاجر على العمل في المال باجر مضمون في الذمة فاذا
جاز له ذلك جاز استفادة العمل بلا اجر مضمون في الذمة بالطريق الاولى لان رب المال يلزمه
الاجر للمضارب وانما قلنا ان المضاربة دون الشركة لان المضارب لا يلزمه شيء من الوضيعة
واذا فسدت المضاربة ليس للمضارب شيء من الربح قالوا كل شيء يجوز للمضارب ان يعمله في
مال المضاربة فللشريك ان يفعله في مال الشركة لان تصرف الشريك اقوى من تصرف المضارب
وانما جاز للمضارب جاز للشريك بالطريق الاولى قوله لان الشركة غير مقصودة اي في
قوله قال ويوكل من يتصرف فيه اي قال القدوري في مختصره وقوله ويوكل بالنصب عطفا
على قوله ان يبضع وذلك لان الشركة منعقدة على عادة التجار وفي عادتهم توكيل الشريك من يتصرف
في مال الشركة فيجوز ذلك او نقول المقصود من عقد الشركة التجارة لتحصيل الربح وكل واحد من
الشريكين ربما لا يتهيأ له مباشرة بنفسه للتجارة فلا بد من التوكيل فيثبت التوكيل في ضمن
التجارة تبعا لها بدلالة الحال فصار كان كل واحد امر صاحبه ان يوكل وليس كذلك الوكيل
بالشراء حيث لا يملك التوكيل لانه عقد خاص ثبت لمقصود تحصيل شيء معلوم جنسه وصفته
فلم يثبت في ضمنه تبعا ما هو مثله قال الكرخي في مختصره قال محمد في كتاب الرهن اذا رهن احد
شريكي العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما
اداياه وقبض لم يجز على شريكه من قبل انه لم يسلطه ان يرتهن فان هلك الرهن في يده
وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف
قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك
قيمة الرهن في يده بمنزلة الاستيفاء قال الكرخي ايضا فيه واذا باع احدهما فليس للآخر قبضه

والمدين ان يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض وبرئ من حصة المدابن وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما ادانه الاخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه وقال البضاعي الباب الذي بعد هذا الباب ويجوز لاحد المتفاوضين ان يرهن ويرتهن على شريكه ويجوز قبض كل واحد منهما لما اذا دانه صاحبه او داناه او وجب لهما على رجل من غصب او كفالة او غير ذلك وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمن التجارة الى هنا لفظه والباقي يعلم غيه قوله قال ويده في المال يد امانة اي قال القدوري في مختصره يعني ان يد كل واحد من المفاوضين وشريكي العنان يد امانة حتى اذا هلك المال في يده هلك بلا ضمان لان كل واحد منهما قبض مال الشركة لا على وجه اعطاء البدل ولا على وجه اخذ الوثيقة فلا يكون مضمونا عليه كما في الوديعة واحترزنا بقولنا لا على وجه البدل عن المقبوض على وجه السوم الشراء فانه مضمون بالقيمة لان المقابض على سوم الشراء قبضه على وجه البدل واحترزنا بقولنا لا على وجه الوثيقة عن الرهن فانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين لان المرتهن قبض على وجه الوثيقة قوله واما شركة الصنايع وتسمى شركة التقبيل بالخياطان والصباغان يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذه مسئلة القدوري اعلم اولا ان شركة الصنايع تسمى شركة التقبيل وشركة الاعمال وشركة الابدان لان العمل بالبدن يكون ثم اعلم انها قد تكون مفاوضة وقد تكون عنانا على ما صرح به في شرح الطحاوي اما المفاوضة بينهما فهي ان يكونا جميعا من اهل الكفالة وان يشترطا ما رزقهما الله تعالى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة كما في الشركة بالاموال واما العنان فيجوز سواء كانا من اهل الكفالة او لم يكونا بعد ان كانا اهلا للتوكيل ثم اعلم ان شركة التقبيل جايزة عندنا سواء اتفقت الصنعة او اختلفت كقصارين او خياطين يشتركان على تقبيل الاعمال من الناس او قصار واسكاف وقال زفر هي جايزة بشرط اتفاق الصنعة وقال زفر في رواية لا يصح اصلا وبه اخذ الشافعي له وجه عدم الجواز ان الربح فرع المال ولا مال هنا وقد مر بيان ذلك عند قوله ولا يجوز الشركة وان لم يخلطا المال ولنا ان المسلمين في ساير الامصار يعتقدون هذه الشركة وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان المقصود من عقد

الشركة تحصيل الربح وتحصيل الربح يحصل بتوكيل كل واحد من الشريكين صاحبه بقبول العمل لان كل واحد منهما اقبيل في النصف ووكيل في النصف الاخر فيستحق الشركة في المال المستفاد بعقد الشركة ثم اذا عملا فكل واحد يستحق فايدة عمله وهو كسبه واذا عمل احدهما كان العامل معينا لشريكه فيما لزمه بالتقبل فوقع عمله له فكان الشريك استعان باجنبي حتى عمل وهذا جايز لان المشروط مطلق العمل لا عمل الصانع بنفسه فان القصار اذا استعان بغيره او استاجر غيره حتى عمل يستحق الاجرة لا يشترط اتحاد العمل والمكان عندنا حتى اذا كان احدهما خياطا والاخر قصارا او قعدا في دكانين جاز عندنا خلافا لما زفر اذا كان العمل مختلفا يعجز كل واحد منهما عن عمل صاحبه الذي يتقبله لانه ليس ذلك من صنعته فلا يحصل المقصود من الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة تحصيل الربح بالتوكيل والتوكيل يصح من حسن مباشرة العمل وممن لا يحسن هذا لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له ان يستعين بغيره او يستاجره فاذن لا يكون كل واحد منهما من اقامة العمل عاجزا فكان العقد صحيحا قال في الشامل في قسم المبسوط ان مات احدهما او مرض وعمل الاخر يكون الاجر بينهما وذلك لان عمله كعملهما قوله الشركة لا يفيد مقصودها اي مقصود الشركة اضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين لان الشركة ملابسة لمقصودهما والاضافة تاتي في الملابسة جايزة كقولهم خذ طرفك لاحد حاملي الخشب وكقوله قوله اذا كوكب الخرقاء لاح بسحره وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية الضمير اي مقصود الشريكين قوله وهو التثمير اي المقصود التثمير يقال ثمر الرجل ماله اذا احسن القيام عليه وفي الدعاء ثمر الله تعالى ماله اي انماه قوله التحصيل اي تحصيل الربح قوله لا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر ولا يقال قد سبق ان شركة التقبل عند زفر لا يجوز لانه يشترط خلط المال فاذا كان كذلك لا يجوز مطلقا عنده فلا يتاتى خلافه هنا في تجويزها عند اتحاد العمل لان في اشتراط خلط المال عن زفر روايتين ذكرهما شمس الائمة السرخسي في المبسوط قوله وهو ما ذكرناه اشارة الى قوله ولنا ان المقصود فيه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري وقوله والمال منصوب والمراد منه الربح قال في شرح الطحاوي الاصل ويجوز اشتراط الربح بينهما على السواء وعلى التفاضل نحو ان يكون احدهما اخذ في

في العمل وعند زفر لا يجوز متفاضلا الى هنا لفظه وجه قول زفر ان الربح انما يستحق باحد ثلاثة
اشيا اما بالمال او بالعمل واما بالضمان فانعدمت هذه الاشيا جميعا فيما نحن فيه
فيكون اشتراط فضل الربح حراما اما انعدام المال فظاهر لانه ليس بشركة الاموال واما
انعدام العمل فلان شرط على التوكيلين الفضل في زيادة الربح على النصف لم يوجد العمل
واما انعدام الضمان فلان الضمان لكل واحد منهما بقدر عمله وعمله في النصف فلا يوجد الضمان
الفضل فيما زاد على النصف فيكون شرط فضل الربح ربح ما لم يضمن وهو حرام لنهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن ذلك فلم يجز فضل الربح كما في شركة الوجوه اذا كان المشترى بينهما
نصفين وجه قولنا ان المنافع لا تتقوم الا بالشرط ويجوز ان يتقوم منافع احدهما
لحذاقته اكثر من تقوم منافع الاخر جاز ان يستحق بنصف العمل ثلثي الربح فلم يحرم الفضل
ولان ما ياخذه كل واحد منهما بدل عمله واجرته لا ربح العمل في الحقيقة لان الربح انما يكون
اذا كان بين الربح وبين ذلك الشيء الذي هو بدله جنسية ولا جنسية هنا بين المال والعمل
فلا يكون المال ربح العمل بل بدله والعمل يتقوم بالعقد التقويم فلا يحرم الفضل بخلاف شركة
الوجوه فان الربح ثمة متفق مع راس المال لان لكل واحد منهما مالا فاذا كان المشترى بينهما نصفين
لم يجز اشتراط فضل الربح لاحدهما لادائه الى ربح ما لم يضمن وهو لم يرد جوازه الا في المضاربة
بخلاف القياس جواز اشتراط التفاضل في الربح مع التساوي في العمل في الشركة التقبل انما
يجوز اذا كانت عنانا اما في المفاوضة فلا يجوز قال في خلاصة الفتاوى ولو شرط الربح في
هذا لاحدهما اكثر مما شرط للاخر جاز عندنا لان العمل متفاوت قد يكون احدهما احذق في
ولو شرط الاكثر لادناهما عملا اختلف المشايخ فيه الى هنا لفظه قلت الصحيح انه يجوز العمل
لان الربح بقدر ضمان العمل الا ترى الى ما نص الحاكم في الكافي فان غاب احدهما او مرض
او لم يعمل وعمل الاخر فهو الربح بينهما وقال في شرح الطحاوي ولو ان رجلا اجلس على دكانه
رجلا يطرح عليه العمل بالنصف القياس ان لا يجوز هذه الشركة لان من احدهما العمل
ومن الاخر الحانوت فتكون هذه شركة بالعروض فلا يجوز وفي الاستحسان يجوز لان هذه شركة
التقبل لان تقبل العمل من صاحب الحانوت عمل فصارت شركة بالاعمال قوله فلم يجز العقد لما
اليه اي لتادية عقد الشركة التقبل الى ربح ما لم يضمن وبيان ادايه الى ذلك مر انفا
قوله وصار كشركة الوجوه اي صار عدم التفاوت في الربح مع التساوي في العمل في شركة

التقبل كعدم جواز تفاوت الربح مع التساوي في المشترى في شركة الوجوه لان الضمان
بقدر العمل اما اذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى جاز التفاوت في الربح ايضا في شركة
الوجوه الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي في شركة الوجوه وينبغي ان يشترط الربح بينهما على
قدر الضمان وان شرط الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر
ضمانهما قوله فقال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه اي قال القدوري في
مختصره وعمادة فيه فان عمل احدهما دون الاخر فالكسب بينهما بالضمان وهذا الذي ذكره القدوري
من لزوم ما يتقبله احدهما شريكه ظاهر فيما اذا كانت شركة التقبل مفاوضة اما اذا كانت عنانا
فالقياس ان لا يكون كل واحد منهما مواخذا بما لا يجب عقده لان الشركة وقعت مطلقة عن الكفالة
والكفالة لا يثبت الا في المفاوضة لاقتضائها اياها تحقيقا للمساواة وهنا المقتضي ليست
بثابت فلا يثبت المقتضى لان الشركة اذا اطلقت تكون عنانا لان العنان هو المعتاد بين
الناس ووجه الاستحسان ان العمل الذي يتقبله كل واحد منهما مضمون على صاحبه لان عقد
الشركة توكيل لكل واحد منهما لصاحبه في تقبل العمل فكان العمل مضمونا على صاحبه تقبل الشريك
الوكيل الا يرى ان صاحبه يستحق الاجر بسبب ضمان العمل وان لم يوجد منه العمل حقيقة فكان
العامل عاملا لنفسه في النصف معينا لنفسه في النصف الاخر فلما كان ما يتقبله احدهما
مضمونا على الاخر جرى ذلك مجرى المفاوضة في حق ضمان العمل واقتضاء البدل اي البدل العمل
وهو الاجرة لا غير حتى كان على واحد منهما ان يطالب بالعمل وان يطالب بالاجر فصح دفع كل
واحد من القصارين الثوب الى صاحبه وصح دفع الاجرة من صاحبه الى كل واحد منهما حتى يبرى
بذلك وهذا قالوا اذا اقر احدهما بثمن صابون او اجر اجير او حانوت قد مضى فلا يصدق
على صاحبه الا باقراره او ببينة عليه قال في التحفة ولو جنت يد احدهما فالضمان بينهما جميعا
لان ذلك بناء على ضمان العمل وقد ضمنا جميعا قوله يطالب بالعمل بفتح اللام ويطالب بالاجر
بكسر اللام قوله يبرا الدافع اليه اي من دفع الاجرة على كل واحد منهما قوله وهذا ظاهر اي لزوم ما يتقبله
كل واحد منهما شريكه قوله وفي غيرها اي في غير المفاوضة وهي في العنان قوله وهذا ايضا
قوله مضمون على الاخر قوله بسبب نفاذ تقبله عليه اي تقبل كل واحد منهما على الاخر قال
واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة

حتى هذا اي قال القدوري في مختصره وقوله واما شركة الوجوه عطف على قوله فاما الشركة المفاوضة
في اول كتاب الشركة قال في شرح الطحاوي واما شركة الوجوه فهو ان يشترك الرجلان وليس لهما مال ولا عمل
على ان يشتريا بالنسيئة ويبيعا بالنقد فما حصل من الربح فهو بينهما فهذا جائز وانما سميت هذه الشركة
شركة الوجوه لانهما اشتركا بوجوههما يعني لوجاهتهما وامانتهما عند الناس فيبيع الناس منهما
السلعة لامانتهما قال بعضهم انما سميت هذه الشركة شركة وجوه لانه ليس لهما مال ولا عمل فيجلس
كل واحد منهما فينظر الى وجه صاحبه وقد تكون هذه الشركة مفاوضة وقد تكون عنانا فا
لمفاوضة ان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه
وان يكون المشترى بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة واما العنان منهما فهو ان
يجوز التفاضل في ضمان ثمن المشترى بينهما وينبغي ان يشترط الربح بينهما على قدر ضمانهما الى
هنا لفظ الاسبيجابي فيه ثم اعلم ان شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي وحده قوله ان
الربح فرع المال فاذا لم يكن المال موجودا لا تتحقق الشركة لعدم حصول الربح بلا مال ولنا ان
المسلمين تعاملوا على ذلك في ساير الاعصار من غير نكير فيجوز لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه
المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان المقصود من الشركة تحصيل الربح وتحصيل الربح ممكن
بتوكيل كل واحد منهما صاحبه كما مر بيانه في شركة التقبل ثم التوكيل بشرى المال على الشركة صحيح
من غير احضار الثمن فكذلك الشركة ابتداء من غير احضار الثمن ولا يقال لو اشتركا ابتداء
بالمال ثم هلك المال تبطل الشركة فاذا اشتركا بغير مال ينبغي ان لا ينعقد كما اذا تبايعا فهلك
المبيع يبطل البيع فاذا تبايعا على معدوم لا ينعقد لانا نقول ذلك يبطل بالوكالة فانه
اذا وكله على شيء بمال سلمه اليه يصح ولو هلك المال تبطل الوكالة ويصح هذا اذا وكله بالشراء
بثمن في الذمة جاز والمانع ليصح بيع المعدوم ابتداء لان الثمن في مقابلة المبيع فاذا لم يكن المبيع
موجودا كيف يقابله الثمن او نقول اذا عين المال لم يرض ان يكون المطالبة في الذمة بل رضي
ان يثبت الحق في المال المعين ثم اذا لم تبطل الشركة بهلاك المال يلزم ان يكون الحق في الذمة
وهو لم يرض بهذا بخلاف الاشتراك بغير مال ابتداء فان كل واحد منهما رضي ان يكون الحق
في ذمته فلا جرم جاز ان تتعلق الشركة ثم صحة انعقاد شركة الوجوه مفاوضة لامكان تحقيق
المساواة بينهما بجعل كل واحد منهما كفيلا عن الآخر ووكيلا عنه في ابدال المثمن في الثمن و

الا انها اذا اطلقت تكون عنانا كما في مسألة شركة التقبل لان المطلق من الالفاظ ينصرف
الى المتعارف والمتعارف بين الناس هو العنان لا المفاوضة وهو كما اذا اطلق الثمن
في البيع كان على غالب نقد البلد قوله قال وكل واحد منهما وكيل عن الآخر فيما يشتريه اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان تصرف كل واحد من الشريكين يقع عن نفسه وعن صاحبه
ووقوع التصرف عن الغير لا يخلو اما ان يكون بولاية عليه او وكالة عنه والولاية منتفية
فتعينت الوكالة وهذا معنى قوله فتعين الاول قوله فان شرطا ان المشترى بينهما انصافا
فالربح كذلك هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان اشتراط فضل الربح على قدر الضمان لا
يجوز بان يشترط الفضل فيه لاحدهما تبطل الشركة وكان الربح بينهما على قدر ضمانهما
وهذا لان ضمان الثمن اذا كان اثلاثا بينهما مثلا وقد شرط ان يكون الربح نصفين كان
لصاحب الثلث ربح ضمانه على غيره وهو السدس فيلزم من ذلك ربح ما لم يضمن وهو
حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه تحقيقه ان استحقاق الربح اما ان يكون بالمال كرب المال
او بالعمل كالمضارب او بالضمان كرجل يجلس على دكانه تلميذا ليطرح عليه العمل بالنصف
حيث يستحق نصف الربح استحسانا ولا يستحق الربح في الشرع بلا واحد من الوجوه الثلاثة
ثم استحقاق الربح في شركة الوجوه بضمان الثمن فاذا كان الضمان نصفين يكون اشتراط
فضل الربح على النصف ربح ما لم يضمن لا محالة فلا يجوز وهذا كاف في تحقيق المسألة وما
قال صاحب الهداية فلا يصح اشتراطه اي اشتراط ربح ما لم يضمن الا في المضاربة والوجوه
ليست في معناها اي شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة لان المضارب يعمل في مال
صاحبه وهنا لم يوجد بخلاف العنان فانه في معناها او لان العنان في معنى المضاربة
من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها اي يلحق العنان بالمضاربة من حيث
ان كل واحد يعمل في مال صاحبه يعني يجوز ربح ما لم يضمن في العنان كما في المضاربة
لشبهه بها فيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو كان جائزا في العنان لشبهه بالمضاربة
لصح الشركة بالعروض في العنان ونحن لا نجوزها لا لادائها الى ربح ما لم يضمن وايضا
في العنان استحقاق الربح باحد الوجوه الثلاثة وهو العمل فلا يكون فضل الربح مفضيا
الى ربح ما لم يضمن وقد مر بيانه عند قوله ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في
الربح قوله ولا يستحق بما سواها اي لا يستحق الربح بما سوى هذه الاشياء الثلاثة المذكورة

وهي المال والعمل والضمان **قوله** لعدم هذه المعاني اشارة الى هذه الاشيا على ما بينا انشاء الله
الى ما ذكر في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فما زاد عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز
العقد لمن يدعيه اليه وصار كشركة الوجوه **فصل** شرع في شركة الفاسدة بعد فراغه
من شركة الصحيحة لان الصحيح موجود اصلا ووصفا والفاسد موجود اصلا لا وصفا
كان موجودا من كل وجه اولى **قوله** ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده
كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب
الهداية وعلى هذا الاشتراك في كل شي مباح اي لا يجوز الشركة في كل شي من الاشيا المباحة كا
جتنا الثمار من الجبال والبراري كالعنق والجوز وغير ذلك وطلب الكنوز من المعادن
ونقل الطين من الارض لا يملكه او الجص او الملح او الكحل وما اشبه ذلك وكذلك ان اشتركا
على ان يلبنا من طين غير مملوك او يطبخا اجرا فان كان الطين او النورة او سهلة
الزجاج مملوكا او اشتركا على ان يشتريا ذلك ويطبخاه ويبيعاه جاز وهو شركة الوجوه
وانما لم تصح الشركة في الاشيا المباحة لان الشركة تتضمن الوكالة وشرط تحقيق الوكالة ان
يكون الموكل به بحيث لا يملكه الموكل بدون امر الموكل وفي المباحات يملكها الوكيل بلا
توكيل فلم تصح الشركة لعدم شروط الوكالة وسبب تملك المباحات الحيازة وكل من قال
بالسبب قاربا وعلى هذا سوال الناس والتكدي وسبب قال الكرخي في مختصره ولكل
واحد منهما ما اخذ بملكه له وعليه له ان وجده وضيعه عليه وان كان الاخر اعانه في
عمله وجمعه فله اجر مثله لا يجاوز به نصف من ذلك في قول ابي يوسف وقال محمد يبلغ اجر
مثله بالغا ما بلغ وقول ابي يوسف استحسان الى هنا لفظه وقال في شرح الطحاوي و
كذلك هذا الاختلاف في المضاربة الفاسدة او المزارعة فان الربح كله لرب المال وللمضارب
عليه اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد سوا ربح او لم يربح وعند ابي يوسف له اجر مثله لا يجاوز
عن المسمى من الربح الى هنا لفظه ثم انما كان للمعين اجر المثل لانه عمل له بعقد فاسد ثم وجه قول
محمد انه لا يمكن تقديره اعني تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا
وقدرا حيث لا يدرى اي نوع من الحطب يصيبان واي قدر منه يجمعان ولا يدرى بان الضا
هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة ام لا يجدان فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين
رضي بنصف المسمى من الحطب او الكنز ونحوهما لان الرضى بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ

الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما بلغ فههنا اولى لانهما اصابا ووجه
قول ابي يوسف انه رضي بنصف من المجموع وان كان ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المال وكان جهالته على
شرف الزوال فانه على عوض ان يكون معلوما فاذا كان راضيا في الابتدا بنصف المجموع وقت العقد
كان راضيا بنصف المجموع في الانتها فلا يجاوز عن نصفه لانه بعينه لرضاه في اسقاطه حقه عن
بطالة الزيادة الا ترى انه لو استاجر رجلا ليحمل له حنطة معلومة الى مكان بقفيز منها لا يجاوز اجر
المثل عن المسمى وهو القفيز فكذا هنا بخلاف ما اذا لم يصيبا فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالنفا
ماله وفالا فوجب اجر المثل بالغا ما بلغ وكان صاحب الهداية مال الى قول محمد حيث قدمه في الذكر على
ابي يوسف ولكن الحاكم الشهيد والكرخي وشمس الايمة البيهقي وصاحب الشامل قدموا ذكر ابي يوسف
على قول محمد كما يقتضيه القياس هذا اذا عمل احدهما واعانه الاخر اما اذا عملا جميعا وخلطاه فقد
قال الحاكم فصلح للثمن على كيل ووزن ما كان لكل واحد منهما اي كان كيليا او وزنيا وعلى القيمة ان لم يكن
كذلك وان لم يعرف المقدار صدق كل واحد منهما الى النصف ولم يصدق على الزيادة الا ببينة
لانه في يدهما جميعا الى هنا لفظ الحاكم في الكافي وقال في شرح الطحاوي وان اختلفا فيجوز دعوى
كل واحد منهما الى النصف مع اليمين على دعوى صاحبه **قوله** نصف من ذلك بالرفع لتعاليه مقام
الفاعل هذا نحو قولهم بلغ بعطا ابك خمس مائة واصله ان المفعول له المتعدى اليه بغير حرف له
فضل على المتعدى اليه بحرف فلذا قلنا اسند الفعل الى النصف دون الجار والمجرور ولكن
لو لم يكن ذكر النصف واقتصر على الجار والمجرور كان الاسناد اليهما جايزا وقد حرف الفصل
وقد حرف في موضعك في كتاب الشركة من المبسوط قال الكرخي في مختصره وكذلك ان كان لهما
فارسلاه جميعا كان ما اصاب الكلب لصاحبه خاصة وان كان لكل واحد منهما كلب فارسل
كل واحد منهما كلبه فاصابا صيدا واحدا كان بينهما نصفين وان اصاب كل واحد منهما
صيدا على حدة كان له خاصة **قوله** قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي
عليها الما والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان
صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اي قال القدوري في مختصره وانما فسدت
الشركة لانعقادها على اخذ مباح وهو الما وقد بينا قبل هذا ان الشركة في المباحات باطلة
كالاصطياد فاذا كانت فاسدة كان الكسب للمستقي خاصة كما في الشركة في الاصطياد
يكون الصيد لمن اخذه ثم المستقي يجب عليه اجر المثل والراوية لصاحب البغل او

لصاحب الدابة لانه استوفى بعقد فاسد منافع ملك الغير وروبت للقوم اذا استقيت لهم
والبعير الذي عليه الماء راوية وكثر ذلك حتى سموا المزاده راوية كذا قال ابن دريد والمراد
هنا الراوية قال ابو عبيد المزاده لا تكون الا من جلدين يقام بينهما جلد ثالث لتتسع والجمع مزاد
ومزايد وقد قال اصحابنا اذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر بعير على ان يواجر ذلك فما رزقهما الله تعالى
من شيء بينهما نصفان فهذا فاسد لان هذه شركة وقعت على اجارة الدواب لا على تقبل العمل
لان تقدير هذا ان تواجر لصاحب منافع دابتك ليكون عنه بيننا ولو صح هذا كانت الشركة
فاسدة فكذا هذا فان اجراهما على عمل معلوم قسم الاجر بينهما على مثل اجر البغل ومثل اجر البعير لان الشركة
لما فسدت والاجارة صحيحة لانه عقدها على منافع معلومة وبدل معلوم كان الاجر مقسوما على
مقدار اجر دابتيهما لان حكم الاجر ان ينقسم على قيمة المنافع كما ينقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين
فحملا عليهما فالاجر بينهما نصفان لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد فكان البدل على قدر
الضمان ولم يعتبر بزيادة حمل البعير على البغل لانه لا يعتبر في شركة التقبل بكثرة عمل احدهما وان
اجر البعير بعينه كان الاجر لصاحبه لانه هو العاقد وان كان الاجر اعانه على الحمولة والتقبل كان
له اجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الذي اخذه في قول ابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ
ووجه الخلاف عرف في مسئلة اول الفصل ولو ان قصارا له اداة القصارين وقصار له بيت
اشتركا على ان يعملا باداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جائزا لان الشركة وقعت
في التقبل لا على الاداة والبيت فيكون هذه شركة تقبل وانها جائزة وكذلك سائر الصناع
كالخياطين والصباغين ولو ان رجلا دفع دابته الى رجل يواجرها على ان ما اجرها به من شيء فهو بينهما
نصفان كانت الشركة فاسدة والاجر لصاحبه وللاخر اجر المثل وكذلك في السفينة والبيت لان
تقدير هذا كانه قال اجر دابتي ليكون اجرها بيننا ولو صح هذا كان فاسدا فكذا هذا لان الاجر
كله لرب المال لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد اجر مثله لانه لم يرض
ان يعمل له مجانا ولو دفع اليه دابة يبيع عليها البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان كانت
الشركة فاسدة والربح لصاحب البر والطعام ولصاحب الدابة اجر مثلها لان العامل استوفى
منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه اجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب البر والطعام و
المسائل المذكورة في مختصر الكافي للحاكم ومختصر الكرخي وشرح القدوري وغيرها والباقي يعلم
منه ط ود وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال وتبطل شركة التفاضل هذا لفظ القدوري

ق

۳۳۷

في مختصره وذلك لان الشركة لما فسدت كان الربح معتبرا بقدر المال لان استحقاق زيادة الربح بالتسمية
وقد بطلت التسمية لفساد العقد لكونه واجب الرفع فصار كان التسمية لم توجد اصلا فبقي الربح تابعا
للمال فصار معتبرا بقدر المال ود فيتقدر بقدره اي يتقدر الربح بقدر المال ود كما ان الزرع تابع للبذر
في المزارعة والمريع النماء الزيادة كذا في مجمل ود واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب
بطلت الشركة هذا لفظ القدوري في مختصره وانما بطلت الشركة بموت احدهما لان الشركة تتضمن
الوكالة سواء كانت مفاوضة او عنانا والوكالة تبطل بموت الموكل فلما بطلت الوكالة بالموت بطلت
الشركة ايضا لان المشروط يفوت بفوات الشرط وهذا لان كل واحد منهما وكيل عن الاخر شرط انعقاد
الشركة الا ترى ان الشركة لا تنعقد فيما لا يصح فيه التوكيل كالاحتطاب والاصطياد ولان
العقد اذا كان غير لازم كان لدوامه حكم الابتداء والشركة بهذه المثابة ثم الشركة لا وجود لها بين
الحي والميت ابتداء فكذا ابقاء ولا فرق بين ان علم الشريك موت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي فلم يشترط
فيه العلم بخلاف العزل القصدي حيث لا يصح ما لم يعلم الاخر لانه يشترط فيه العلم لما ثبت
بطلان الشركة بالموت ثبت بطلانها بالارتداد واللحوق بدار الحرب وقضى القاضي به لانه موت
حكمي الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته ثم الشركة في العزل القصدي تنفسخ اذا كان مال الشركة
عينا يعني دراهم او دنانير ولو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ نص ذكر الطحاوي في مختصره انه
لا ينفسخ وجعله بمنزلة المضاربة وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي لا رواية عن اصحابنا
في الشركة وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر
ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم او دنانير صح النهي وان كان راس المال دراهم كان له ان يصرف
الدراهم الى الدنانير وليس له ان يشتري بها عروضا وان كان راس المال عروضا وقت النهي فلا
يصح نهيه وجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرقوا بين المضاربة
والشركة وقالوا يجوز فسخ الشركة وان كان راس المال عروضا بخلاف المضاربة لان مال الشركة
في ايديهما جميعا وولاية التصرف فيه اليهما جميعا فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عينا كان
المال او عرضا واما مال المضاربة فانه في يد المضارب وولاية التصرف اليه لا الى رب المال
نهيه بعدما صار المال عروضا كذا قال في شرح الطحاوي وقال في الفتاوى الولوالجي واذا
ارتد احد المتفاوضين او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحوقه انقطعت المفاوضة
والعنان بانا حتى يرجع مسلما فلا شركة بينهما لانه لما حكم بلحاقه جعل ميتا حكما وانه ينقض

الدنانير الى الدراهم وان كان عروضا له ان يبيعها بالدراهم او الدنانير ثم

القاضي بلحاقه بدار الحرب انقطعت المفاوضة والعنان بينهما على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد
مسلما قبل الحكم الحاكم بلحاقه بدار الحرب يكون على الشركة وان مات او قتل انقطعت الشركة و
اذا لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فان لم يقض القاضي بالبطلان حتى
اسلم عادت المفاوضة وان كان تبطلت المفاوضة من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة بقي
على سبيل التوقف هل تبقى عنانا عند ابي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا قوله على ما بيناه في
اشارة الى ما قال في احكام المرتد بن يقوم ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات
في احكام المسلمين لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى **فصل** وليس لاحد
الشريكين ان يؤدي زكوة مال الاخر الا باذنه هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
الشركة لتحصيل الربح وتنمية المال واداء الزكوة ليس فيه تنمية فليس لكل واحد منهما ان
يؤدي الزكوة صاحبه حتى اذا ادى ضمن نصيب صاحبه لانه ادى بغير امره قوله فان اذن كل
واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم
يعلم هذا لفظ القدوري في مختصره ايضا وهذا قول ابي حنيفة وعند صاحبيه لا ضمان على الثاني اذا
لم يعلم باداء الاول وذكر في بعض المواضع انه لا يضمن عندهما علم او لم يعلم كذا نقل الولوالجي في
فتاواه ثم ضمان الثاني خاصة اذا اديا على التعاقب او اذا اديا معا فكل واحد منهما يضمن
نصيب صاحبه الا ترى الى ما قال في المسائل في قسم المبسوط المتفاوضان امر كل واحد منهما صاحبه
ان يؤدي زكوة ماله فاديا معا ضمن كل واحد نصف ما ادى ونقل صاحب الاجناس عن الاصل
في كتاب الزكوة في شريكين متفاوضين كل واحد منهما امر صاحبه اذا حال الحول ان يؤدي زكوة
ماله فاداه معا ضمن كل واحد منهما حصة شريكه بما ادى سواء علم باداء صاحبه او لم يعلم
في قول ابي حنيفة وجاز زكوة كل واحد منهما ما اداه عن نفسه فلا يجوز عن صاحبه ما اداه لان
اداه عن نصيبه يوجب عزل الامر في ادائه فما اداه لم يكن مامورا به وصار كمن ادى زكوة غيره
بغير امره لم يجز وقد اعترض عليه ان زكوة كل واحد يسقط عنه بعد ادائه فيترتب عليه عزل
وكيله وحال ما يؤدي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكوة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الاداء
اجيب عنه بانه امره باداء الزكوة عنه في حالة استقرار الزكوة على الامر وفي حالة ما يؤدي
الوكيل عن نفسه الزكوة هذه الحالة زوال الزكوة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة
انها حالة استقرار الزكوة فكان اداؤها على غير الوجه المأذون وكان مخالفا لما امره ولكن

ضمن وجه قولهما في ان الثاني لا يضمن اذا لم يعلم باداء الاول لانه ادى بامره ولا ضمان مع الامر
ولهذا لا يضمن الاول ولا يضمن الثاني ولا يلزم العزل من مباشرة الامر بنفسه قبل العلم
قياسا على العزل القصدي وتحقيقه ان ليس في وسع الوكيل تمليك جزء من المال من الفقير
الى يقاصه زكوة لان وقوع الزكوة يتعلق بنية الموكل والمرء لا يكلف بما ليس في وسعه فلذا
لم يضمن الثاني وان لم يقع ما اداه زكوة ولهذا ذكر في وكالة الاصل لو دفع الى رجل الف درهم
وامره ان يقضي بها دينا عليه فقضاه الموكل ثم ان الوكيل وقضاه قال لا يضمن اذا لم يعلم باداء
الموكل وجه قول ابي حنيفة ان كل واحد مامور باداء الزكوة عن صاحبه فما اداه الثاني ليس
بزكوة لانها سقطت باداء الامر وكان الثاني مخالفا فيضمن وفسد قياس الثاني على
الاول في عدم الضمان لان الاول ليس بمخالف وهذا مخالف وهو معزول ضرورة بخلاف الاول وهذا
لان العزل الحكمي لا يعتمد على العلم كما في العزل بموت الموكل والعزل القصدي يعتمد على
العلم كما في نسخ الشريعة فظهر الفرق وبطل القياس ولان مقصود الامر بامر الوكيل الزكوة
وهو الخروج عن عهدة الواجب ثم اذا اداها الامر بنفسه حصل المقصود فعري بعد ذلك
اداء المال عن المقصود فكان معزولا علم او لم يعلم فضمن نصيب الامر وعلى هذا الخلاف المامور
باداء الزكوة اذا ادى بعد ما ادى الامر والجواب عن مسئلة كتاب الوكالة قال صاحب الاجناس
من اصحابنا من يقال هذا الجواب على قولهما فاما على قول ابي حنيفة يضمن الوكيل في جميع الاحوال
نعلى هذا لا يحتاج ابو حنيفة الى الفرق وان قال لا يضمن كما ذهب اليه بعض اصحابنا فيحتاج
الى الفرق ووجه ما قالوه انه امره في قضاء الدين بدفع مضمون وقد فعل ذلك فلا يلزمه
الضمان وفي مسئلتنا امره بان يدفع الزكوة ولم يفعل ذلك فلزمه الضمان بيانه ان الدين
ثابت في الذمة وذلك لا يمكن تسليمه وما يدفع على وجه القضاء يصير مضمونا على القابض
ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا قوله وهذا اذا اديا على التعاقب اشارة الى وجوب الضمان
على الثاني خاصة قوله ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه اي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه
ضمان اذا لم يعلم باداء صاحبه وقد عرف في مختصر الكافي قوله لان الظاهر لا يلتزم الضرر الا
لدفع الضرر بيانه ان زوال ملكه ضرر وفي دفع الوكيل بسبيل الزكوة عنه ذلك وبقاؤه في
عهدة الواجب ضرر ايضا وهو لم يلتزم ضرر دفع الوكيل ماله الا لدفع ضرر اخر وهو اسقاط
الواجب عن ذمته فعلم ان المقصود من الامر باداء الزكوة اخراج النفس عن عهدة الواجب وقد

حصل المقصود باداء الآمر بنفسه فيضمن المامور بعد ذلك قوله اما دم الاحصار فقد قيل هو
على هذا الخلاف هذا جواب بسبيل المنع بانه يقال لا نسلم ان المامور بذبح دم الاحصار لا يضمن
اذا ذبح بعد زوال الاحصار بل يضمن عند ابي حنيفة ولئن سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق فنفرق
ونقول دم الاحصار ليس بمقصود فلم يمكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر فبطل فعل المامور فعرى
فعل المامور عن المقصود بخلاف الزكوة لانه واجب فكان اسقاط الواجب مقصودا وقد حصل هذا
المقصود باداء الآمر بنفسه فعرى فعل المامور عن المقصود فظهر الفرق قال واذا اذن احد
المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة
وقالا يرجع عليه بنصف الثمن قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير في كتاب الشركة مثل
قولهما من غير خلاف وانما ذكر قول ابي حنيفة في هذا الكتاب خاصة لهما ان الشراء وقع للمامور
خاصة بدليل حل الوطء له ثم هو قضى دينه وهو ثمن الجارية من مال الشركة فيرجع عليه بنصف
الثمن كما اذا اشترى طعاما رزقا لاهله او كسوة وادى الثمن من مال الشركة حقيقة ان الحاجة
الى الوطء من الحوائج الاصلية الا انها ليست بلازمة كالطعام فلم تكن مستثناة من عقد الشركة
بلا شرط بخلاف الطعام فوقع شراء الجارية للشريك المشتري خاصة ولابي حنيفة ان شراء الجارية
وقع على الشركة لقضية عقد المفاوضة ثم ادى المشتري ثمن ما وقع عليه الشركة من مال الشركة
فلا يرجع عليه صاحبه كما اذا اشترى قبل الاذن وادى الثمن من مال الشركة حيث لا يثبت
الرجوع فكذا هنا الا ان اذن الآمر يتضمن هبة نصيبه للمامور لان الوطء لا يحل الا في الملك
وقد حل لما انه احل له وطأها ولم يكن عوضا فكان تمليكا بهبة بعد وقوع الشراء على الشركة
فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك لجواز الهبة في المشاع لان الجارية
مما لا ينقسم بخلاف شرى الطعام او الكسوة حيث يقع للمشتري خاصة من مال الشركة فيرجع
عليه صاحبه بنصف الثمن وفيما نحن فيه قضى دينا عليهما لان الشراء واقع على الشركة ثم البائع
يطالب ايهما شاء بالثمن لان المشتري لزمه الدين بالتجارة يلزم صاحبه لان كل واحد من
المتفاوضين كفيل عن الآخر وصارت الجارية المشتراة للوطء بالاذن كالطعام المشتري فاذا
استحقت الجارية فعلى الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر ايهما شاء وقد مر ذلك عند قوله وما
يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة قوله وقالا يرجع عليه اي على المامور قوله انه ادى دينا عليه
اي لان المامور ادى دينا على نفسه خاصة قوله لا يملكان تغييره اي الشريكان لا يملكان تغيير

بمقتضى

٣٢٥

بمقتضى الشركة ومقتضاها ان يقع الشراء على الشركة قوله ولا وجه لاثباته بالبيع يعني لا
وجه الى اثبات الملك بسبب البيع الذي حصل من مالك الجارية يعني لا يقال ان حل الوطء في الجارية
بناء على انه اشترى نصيبها لنفسه لان وقوع الشراء له خاصة مخالف لمقتضى الشركة فلم يمكن
القول بكون الشراء سببا لحل الوطء فامكن القول بكون الهبة سببا لها لانها تثبت في ضمن الاذن
فان قبضها ليطأها باذن الشريك تضمن ذلك هبة لحل الوطء والهبة الثابتة بعد الشراء
قوله لما بينا انه مخالف لمقتضى الشركة اشارة الى قوله ثم جوابا على مقتضى الشركة قوله بخلاف الطعام
والكسوة متصل بقوله ولنا ان الجارية دخلت في الشركة قوله فيقع الملك له خاصة اي المشتري
وانما رجع الضمير اليه وان لم يذكر لظهور فهمه لان الشهرة قائمة مقام الذكر قوله وفي مسئلتنا
اي فيما اشترى احد المتفاوضين الجارية للوطء باذن الآخر وهذه المسئلة مذكورة في كتاب
القضاء في الجامع الصغير وذكرها في المبسوط في كتاب الشركة والله اعلم

كتاب الوقف

مناسبة الوقف للشركة من حيث ان الانتفاع في كل واحد منهما بالفاضل على اصل المال لان
المقصود من الشركة تحصيل الربح وهو زائد على راس المال كالريع في العقار زائد عليه والاصل
في جواز الوقف ما روى في جامع الترمذي مسندا الى عون عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما
قال اصاب عمر رضي الله عنه ارضا بخيبر فقال يا رسول الله صلعم اصبت مالا بخيبر لم اصب
مالا قط انفس عندي منه فما تامرني قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق
بها عمر انها لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث تصدق بها في الفقراء والقربى والرقاب وفي
سبيل الله والضيف لا جناح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف او يطعم صديقا غير متمول
فيه قال فذكرته لمحمد بن سيرين فقال غير متأثل مالا وروى الترمذي ايضا باسناده الى ابي هريرة
رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات الانسان انقطع عمله الا
من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له وحديث محمد بن الحسن في الاصل
اخبرنا صخر بن جويرية عن نافع مولى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه كان له ارض تدعى ثمغ قال وكان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله اني
استغلت مالا وهو عندي نفيس افاتصدق به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق ثمره قال فتصدق به عمر
في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى ولا جناح على من

وليه ان يأكل بالمعروف او يوكل كل صديقا له غير متمول فيه وقال محمد بن الحسن فنحن نأخذ
اذا تصدق بدمه حيا تدو صحته كان ذلك من جميع المال واذا تصدق به في مرضه كان ذلك من
ثلثه فاما ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك الا ان يجعله وصية بعد موته وذكر القتبي في حديث
عمر رضي الله عنه انه قال انا توفيت وفي يدي صرمة من الاكوع فسننها سنة ثم قال الصرمة
قطعة قد يقال للقطعة من الابل ايضا صرمة اذا كانت خفيفة قال القتبي وثم قال عمر رضي الله
عنه كان وقفه ثم اعلم انا بينا تفسير الوقف لغة وشرعية ثم ركنه ثم شرط جوازه ثم حكمه ثم
تفسيره لغة فنقول الوقف الحبس من قولهم وقفت الدابة اذا منعتها من السير قال صاحب
الجمهرة الوقف مصدر وقفت الدابة اقفه وقفا وكذلك كل شيء حبسته وهذا احد ما جاء على فعلته
فعل وقال ابن جني في شرح المتنبي اخبرني ابو علي الفارسي عن ابي بكر عن ابي العباس عن ابي عمر المازني قال
يقال وقفت وادي وارضي ولا يعرف اوقفت من كلام العرب وفي عرف الشرع يراد به حبس مخصوص
وهو حبس العين عن النقل من ملك الى ملك لا كل حبس واما ركنه وهو ما لا قيام للشيء الا به ففيه
اختلاف قال ابو يوسف يوجد ويتم بمجرد قوله وقفت ارضي هذه او داري هذه وقال محمد وهلال الرازي
ان الوقف لا يتم بهذا القدر ما لم يقل صدقة موقوفة او موقوفة على المساكين وقال الخصاف
واهل البصرة ان الوقف لا يتم بقوله حبست الا ان ذكر الفقرا ذكر للتأبيد لانهم لا ينقطعون ابدا وجه
قول ابي يوسف ومحمد وهلال الرازي ان التأبيد كما يثبت بذكر الفقرا لانهم لا ينقطعون يثبت بذكر الصدقة
لانه لا يحتمل الفسخ هذا حاصل ما قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه ولكن ابو يوسف
جعل الوقف ذكر التأبيد واما شرط جوازه فعلى قول ابي حنيفة وزفر يكون موصى به حتى اذا لم يوص به
لا يصح ويبقى على ملكه يجوز بيعه ويورث عنه الا ان يجيز الورثة فيصير جائزا ويتأبد الوقف
كذا قال شمس الائمة الحلواني في محيطه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله بان الاضافة الى
ما بعد الموت ليس بشرط لصحة الوقف حتى يمنع من بيعه ولا يورث اذا مات قال شيخ الاسلام في مبسوطه
حاصل الخلاف يرجع الى ان تقدير الوقف ما قال ابو حنيفة تقدير الوقف انه يقول حبست العين على ملكي
وتصدقت بثمرته على المساكين فلا يصح اذا كانت الثمرة معدومة الا بطريق الوصية كما في
على ذلك وعلى قولهم تقدير الوقف كانه يقول ازلت العين عن ملكي الى الله عز وجل وجعلته محبوسا في
ملكه ومنفعته للعباد واذا كان تقدير الوقف هذا عندهم صح وان لم يكن موصى به كما في المسجد
وجه قولهم ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمر رضي الله عنه بالوقف ولم يامره بالاضافة الى ما بعد

الموت او لان الواقف ذكر الصدقة والوقف والاول يوجب الزوال والثاني يمنع الزوال فجعلنا
العين زايلا الى الله تعالى محبوسا في ملكه على وجه لا يصير عينه للفقير عملا بالامرين بجمعا وجه
قول ابي حنيفة ما حدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله
عنهما قال سمعت رسول الله صلعم بعد ما نزلت سورة النسا وانزل فيها الفرايض نهى عن
الحبس وقال في المبسوط عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا حبس عن فرايض الله تعالى بعد سورة النسا والوقف حبس عن فرايض الله تعالى
فيكون باطلا بظاهر هذا الحديث فاحتج ابو حنيفة ايضا بما روي عن شريح انه قال
جاء محمد ببيع الحبس وفي رواية ببيع الحبيس قال شيخ الاسلام خواهرزاده والحبس بما كانوا
يفعلونه في الابتداء قبل سورة النسا كانوا يحبسون العين على ملكهم ويتصدقون بالغلة
ويرون بيع الاصل ممتنعا لمكان الصدقة بالغلة فجاء محمد صلى الله عليه وسلم
ونسخ هذا وجوز بيعه والمعنى في المسئلة ان هذا تصدق بالغلة المعدومة لا بالعين
فلا يمنع البيع ولا الارث اذا لم يكن موصى به قياسا على ما لو قال تصدقت بغلة هذه
الارض على الفقرا والمساكين ابدا وانما قلنا ذلك لانه ذكر ما يوجب الزوال وما يمنع الزوال
فعملنا بالصدقة في حق الثمرة وبلفظ الوقف في حق العين فجعلنا العين محبوسا
على ملكه وجعلنا متصدقا بالثمرة المعدومة عملا باللفظين بقدر الامكان واذا كان تقدير
الوقف هكذا اعتبرنا لو نص ولو نص هكذا لا يصح ما لم يكن موصى به فكذا هنا واما
تعلقهم بحديث عمر رضي الله عنه فنقول ذلك يشهد لنا لان النبي صلعم امره بحبس الاصل
مطلقا ومطلق الحبس يقتضي ان يكون باقيا على ملكه من كل وجه والا لم يحبس العين على ملكه
من كل وجه وتسبيل الثمرة المعدومة لا يصح الا ان يكون مضافا الى ما بعد الموت واما حكم
الوقف متى صح الوقف ففيه اختلاف قال ابو حنيفة حكمه حبس العين على ملكه والتصدق
بالثمرة المعدومة وهذا مشروع كما لو قال تصدقت بثمرة ارضي على الفقرا بعد موتي وذلك
لانه حكم الشيء ما يثبت بالشيء والذي يثبت بالوقف عند ابي حنيفة هذا فلا يزول العين
عن ملك الواقف الا بحكم الحاكم او بالتعليق بالموت لان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف
على وجه لا يقبل النقل والتصدق بالغلة المعدومة ولا يصح التصدق بالغلة المعدومة
الا بطريق الوصية فكذا ما كان في معناه واذا حكم به حاكم فقد صادف حكمه محل الاجتهاد

ما يحكم بعينه ... فلان تعليق الوقف بالموت ... يزول الملك

فيتصدق وقال ابو يوسف ومحمد وهو اظهر قولي الشافعي حكمه ان تزول العين عن ملكه الى الله تعالى و يصير
محبوسا على ملكه ولا تصير العين للموقوف عليه انما تصير له الغلة لا غير وقال الشافعي في قول
حكمه ان تصير العين ملكا للموقوف عليه الا انه لا يهب ولا يبيع حتى لو كان ارضا كان الخراج عليه
ولو كان فيه عبد كان صدقة الفطر على الموقوف عليه وهذا ضعيف لانا لا نجد موضعا تصير
العين فيه ملكا للفقير ثم لا يجوز بيعه فوقع كلاما بلا اصل قوله قال ابو حنيفة لا يزول ملك
الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا و
قال ابو يوسف يزول الملك بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه هذا
لفظ القدوري في مختصره وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي الوقف عند ابي حنيفة على ثلاثة
اوجه في وجه لا يجوز وهو ما اذا وقف داره او ارضه في صحته فلا يجوز وان اشترط التابيد
وسلم الى المتولي ويجوز بيعه ويكون ميراثا عن الواقف وفي وجه يجوز وهو اذا وقف
في حال حياته وجعله وصية بعد وفاته فانه يجوز من ثلث ماله وفي وجه لا يجوز في ظاهر
الرواية وهو اذا وقف في مرض موته فهو كالوقف في حال صحته وروى الطحاوي عن ابي حنيفة
انه يجوز في هذا كله كالوصية بعد وفاته وهذا كله عند ابي حنيفة وعند صاحبيه الوقف
جائز في حال صحته او مرضه الا انهما اختلفا فيما بينهما قال ابو يوسف يجوز مشاعا كان
او مقسوما سلمه الى المتولي او لم يسلمه شرط التابيد او لم يشترط وقال محمد لا يجوز الا
باستجماع شرايطه وشرايطه ثلاثة ان يكون مقسوما غير شايع بيده يسلمه الى المتولي
وان يشترط فيه التابيد وهو ان يجعل اخره الى سبيل خير ابدا فيجوز الى هنا لفظ الاسبيجابي
وجه قول محمد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه في نخل له اراد ان يتقرب
بصدقة الى الله تعالى حبس الاصل وسبل الثمرة ذكره في الفايق قال خواهرزاده في مبسوطه
بعدما ذكر الحديث فتصدق بها عمر رضي الله عنه وجعلها في يدي حفصة فدل ان التسليم
شرط وقال ايضا فيه روي عن معاذ بن جبل وابن عباس رضي الله عنهم انهما قالا لا يجوز الصدقة
الا مقبوضة المقسومة بلا تفصيل بين الصدقة المنفذة والموقوفة والمعنى فيه انما تثبت
لله تعالى من الحق في رقبة الموقوف فانما يثبت ضمنا لحق العباد فيكون القبض شرطا لصحته
قياسا على الصدقة المنفذة بل اولى لان المنفذة متفق عليه وهذا مختلف في جوازه فلما كان القبض
شرطا اشترط كونه مقسوما لان القبض لا يتحقق في المشاع الذي ينقسم وكذلك التابيد
شرط

شرط في الوقف لان توقيته لا يصح بالاجماع وجه قول ابي يوسف ان النبي صلعم امر عمر
بالوقف ولم يامره بالتسليم الى المتولي فيكون شرطا والفقه في المسألة ان الوقف تبرع
شرع لابطال ملك الواقف عن العين لا التمليك فيصح بغير قبض كالاعتاق فيصح بالقول
ولا يشترط التابيد وكونه مقسوما والتسليم الى المتولي بيان ذلك ان التمليك من الله تعالى
لا يتحقق من جهتنا مقصودا لان ما في الدنيا ملك الله تعالى على الحقيقة وانما لنا فيه ملك
التصرف لا غير ولا يتصور التمليك من مالك التصرف لمالك الرقبة كما لا يتصور من
المكاتب تمليك رقبته من المولى وانما له ابطال ما ثبت له من ملك التصرف في نفسه بفسخ
الكتابة حتى يعود الى ملك المولى فكذا هنا يبطل بالوقف ما للواقف من ملك التصرف ولا
يصير مملكا رقبة الموقوف من الله عز وجل والابطال يصح من غير قبض بخلاف صدقة المنفذة لان
فانها تمليك من الفقير بدليل انه يجوز بيعها وهبتها فاذا كانت تمليكا من الفقير قصدا كان
تمليكا من الله تعالى ضمنا فاشترط القبض وجه قول ابي حنيفة في عدم جواز الوقف وهو المذكور
في الاصل ان النبي صلعم قال لا حبس عن فرايض الله تعالى بعد سورة النساء والوقف حبسا
فلا يجوز وروي عن شريح انه قال جاء محمد صلعم ببيع الحبس وبيانه هو عند بيان شرط الوقف
ولان الوقف يتصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال اصل الملك ولان الوقف يتصدق بالغلة
ابدا ويمكن التصدق بها هكذا الا اذا ابقي اصل الوقف على ملكه ولانه لا يجوز ان يزول الملك
لا الى مالك كما في السايبة فلم يزل ملكه عن الاصل بخلاف الاعتاق فانه اتلاف والوقف يخرج الملك
مع بقاء المملوك فافترقا ولان الوقف لو صح لابد من مراعاة شرايط الوقف فلو كان يزول الملك
بالوقف لم يكن لمراعاتها فايدة وقيل ان الوقف جايز لكنه ليس بلازم حتى يجوز اعادته الى يده
ولو قضى القاضي بلزومه يلزم بالاجماع لانه مجتهد فيه وعندهما لازم على كل حال وهو قول
الشافعي وقول زفر مثل قول ابي حنيفة قال في خلاصة الفتاوى قال الامام السرخسي ظن بعض
اصحابنا ان الوقف غير جايز عند ابي حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية لكن مراده انه لا
يجعل لازما اما اصل الجواز ثابت عنده ولو اوصى بعد وفاته فانه يكون لازما وذكر محمد في
السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت فهو باطل عند ابي حنيفة وهو الصحيح
واكثر اصحابنا اخذوا بقولهما ثم ان ابا يوسف في قوله الاول ضيق غاية التضييق كما هو قول
ابي حنيفة وفي قوله الاخر وسع غاية التوسيع ومحمد توسط بينهما ولهذا اخذ عامة المشايخ

بقوله كذا في خلاصة الفتاوى وقال الخرجي والوجه الثاني للزوم الوقف عند ابي حنيفة ان
يخرجه مخرج الوصية فيقول اوصيت بغلة داري هذه او بغلة ارضي هذه صدقة او
قال جعلت هذه الدار وقفا بعد موتي فانها تجعل على المساكين وكذلك لو اوصى بان يوقف
يجوز من الثلث في قولهم وقال الولوالجي في فتاواه رجل قال ارضي هذه صدقة او قال جعلت ارضي هذه
صدقة كان هذا نذرا بالتصدق حتى لو تصدق بعينها على الفقراء او بقيمتها جاز ولو بدأ
الصدقة وذكر الوقف بان قال ارضي هذه موقوفة او قال ارضي هذه وقف او قال جعلت
ارضي هذه وقفا فان هذا يكون وقفا على الفقراء في قول ابي يوسف خاصة وكان مشايخ
بلخ يفتون بقول ابي يوسف ومشايخ بخارى الخ يفتون بقول محمد انتهى كلام الولوالجي الى هنا لفظه قال
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال مشايخنا ان محمدا اكثر الطعن على ابي حنيفة و
ابي يوسف في هذا الكتاب اي في كتاب الوقف ثم سار كله ذلك حتى لم يمكنه ان يفرع عليه فروعا
كبيرة كما امكن غيره وكما امكنه ذلك في ساير الكتب قوله وهو الملفوظ في الاصل اي المذكور في
المبسوط والضمير راجع الى مدلول قوله فلا يجوز الوقف وهو عدم جواز الوقف قوله واللفظ
ينتظمها اي لفظ الوقف ينتظم ما قال ابو حنيفة وهو حبس العين لا على ملك الواقف وينتظم
ما قال صاحباه وهو حبس العين على ملك الله تعالى قوله والترجيح بالدليل اي ترجيح احد المذهبين
على الاخر بالدليل فنشرع بعد ذلك في بيان الدليل قوله ثمغ هي بفتح الثاء وسكون الميم وبالغين
المعجمة ارض لعمر رضي الله عنه وقفها وقد وقع سماعا ههنا بلا تنوين وقد ثبت
في كتب غريب الحديث المصححة عند الثقات منونا وغير منون كما في وعد له تطليق في الشرع
اي لاسقاط الملك وجعله لله تعالى على ان لا يدخل في ملك احد وذلك التطليق هو المسجد قوله وعن
شريح جاء محمد صلعم ببيع الحبيس اي الموقوف وقد اسلفنا تفسيره عن شيخ الاسلام قبل هذا ان
الاستدلال به ان الوقف لو كان لازما لجاز بيعه وشريح بن الحارث القاضي الكوفي كان من كبار
التابعين بالكوفة عاش مائة وعشرين سنة كذا قال العيني ومات سنة اثنتين وثمانين
كذا قال المدايني واستقضاه عمر على الكوفة ولم يزل قاضيا بعد ذلك خمسا وسبعين سنة
لم يتعطل فيها الا ثلاث سنين امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير واستعفى شريح الحجاج
من القضايا فاعفاه فلم يقض بين اثنين حتى مات كذا قال العيني وقيل مات سنة تسع وسبعين
وقيل سنة ثمانين قوله لا سائبة قال الله تعالى ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة

ولا حام

ولا حام قال في الكشاف كان في الجاهلية اذا انتجت الناقة خمسة ابطن وآخرها ذكر بحروا
اذنها اي شقوها وحرموا ركوبها ولا تطرد عن ماء ولا مرعى واذا لقيها المعيي لم يركبها
واسمها البحيرة وكان يقول الرجل اذا قدمت من سفري او برئت من مرضي فناقتي سائبة
وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع بها وقيل كان الرجل اذا اعتق عبدا قال هو سائبة فلا
عقل بينهما ولا ميراث واذا ولدت الشاة انثى فهي لهم واذا ولدت ذكرا فهو لآلهتهم فان
ولدت ذكرا وانثى قالوا وصلت اخاها فلم يذبحوا الذكر لآلهتهم واذا انتجت من صلب الفحل
عشرة ابطن قالوا قد حمى ظهره فلا يركب ولا يحمل عليه ولا يمنع من ماء ولا مرعى قوله قال في
الكتاب اي مختصر القدوري قوله اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه يعني
اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة قيل يزول الملك بالتعليق بالموت وقيل لا يزول وهو الصحيح
لكنه يلزم لانه بمعنى الوصية بالمنافع مؤبدا قوله والمراد بالحاكم المولى اي المراد من الحاكم المذكور
في قول القدوري الا ان يحكم به الحاكم هو المولى وهو الذي ولاه السلطان بعمل القضاء واما
الحكم الذي حكم ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء في خلاصة الفتاوى واما حكم الحكم باقي
اليمين المضافة وساير المجتهدات فالاصح انه ينفذ لكن لا يفتى به كذا ذكر في الاقضية وقال
في الفتاوى الصغرى الحاكم المحكم اذا قضى على الحكمين فظاهر الجواب انه ينفذ وجواب فتاوى
سمرقند انه ينفذ زجرا لهم عن ذلك وراى له قول ابي علي النسفي استاذ شمس الائمة الحلواني لا يحل
لاحد ان يفعل ذلك يعني في الطلاق المضاف وكان ازيد على هذا وحكي عن شمس الائمة الحلواني
انه قال مسئلة الحاكم المحكم يعلم ولا يفتى به وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان القاضي الامام
الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتى به لئلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي
الى هدم مذهبنا فاما المذهب فهو الاول الى هنا لفظه كذا في الفتاوى الصغرى قوله او يوقف
في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت يعني يلزم الوقف على مذهب ابي حنيفة
بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روي عن محمد عن
ابي حنيفة ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على اصوله يزول
بالقول عند ابي يوسف اي يزول الملك عن الوقف بمجرد قوله وقفت واما عند محمد فزاد له
شرائط ثلاثة ذكرناها قبل هذا من كونه مقسوما مسلما مؤبدا قوله وقيل يكون تبعا للعيرة
فيأخذ حكمه اي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت

التمليك من الله تعالى قصدا لما عرف في قول الفقهاء كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلما اخذ التمليك
من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض قوله فينزل منزلة الزكوة يعني
ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد بمنزلة تمليك المال من الله تعالى في الزكوة
حيث يتحقق التمليك منه تعالى في ضمن التسليم الى الفقير قوله واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض
النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه اي قال
القدوري في مختصره واذا صح الوقف على اختلافهم اي على اختلاف العلماء في صحته حيث لا يصح
عند ابي حنيفة على لزوم الاصل خلافا لصاحبيه خرج الموقوف من ملك الواقف على قولهما لكن
لا يدخل في ملك الموقوف عليه خلافا لما قال في وجيزهم بقوله وان وقف على معين فهو في ملك الموقوف
عليه وذلك ضعيف لانه لو دخل في ملكه لنفذ بيعه كما في ساير املاكه فعلم انه لم يدخل في ملكه
ولانه لو دخل في ملكه وزال عن ملك الواقف لم ينتقل عن الموقوف عليه بعده الى غيره من الفقرا
رعاية لشرط الواقف الا ترى ان الواقف لو شرط في غير الموقوف من ساير املاك الموقوف
عليه ان ينتقل عن الموقوف عليه الى غيره لا يصح وهذا فيما نحن فيه يصح فلو كان ملكه زايلا الى
الموقوف عليه لم يصح بشرطه لانه لا اثر لشرطه في ملك غيره قال صاحب الهداية وقوله
خرج عن ملك الواقف وجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره يعني ان الوقف
عندهما حبس العين على ملك الله تعالى ويزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى فلما زال ملك الواقف عنها
وجب ان يكون قوله خرج عن ملك الواقف قولهما بخلاف قول ابي حنيفة فان الوقف عنده حبس
العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة فاذا كان العين محبوسا على ملك الواقف والتصدق
المنفعة فاذا كان العين محبوسا على ملك الواقف لا يصح قوله خرج عن ملك الواقف على مذهبه وهذا
ظاهر قول القدوري وفي بعض النسخ المختصر استحق اي ثبت الوقف قوله قال ووقف المشاع جائز
عند ابي يوسف اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وقال محمد لا يجوز والشافعي اخذ بقول
ابي يوسف قال الولوالجي في فتاواه وقف المشاع صحيح عند ابي يوسف غير صحيح عند محمد ثم قال مشايخ
بلخ اخذوا بقول ابي يوسف ومشايخ بخارى اخذوا بقول محمد ثم قال وبه نفتي ثم قال فان رفع الى القاضي
فقضى بجوازه جاز عند الكل لانه مختلف فيه فيصير متفقا عليه باتصال القضاء وقال في خلاصة
الفتاوى ولو وقف نصف الحمام جاز يعني بلا خلاف بين ابي يوسف ومحمد لانه مشاع لا يحتمل القسمة
كالمشاع فيما لا يحتمل القسمة ثم اختلافهما في المشاع بناء على ان القبض هل هو شرط الصحة الوقف

ام لا

ام لا فعند ابي يوسف ليس بشرط خلافا لمحمد فلما كان كذلك قال محمد لا يصح وقف المشاع فيما يحتمل القسمة
لعدم تحقق القبض مع الشيوع الا بانضمام غيره اليه وليس ذلك بموقوف بخلاف ما لا يحتمل القسمة
حيث اكتفي فيه بالقبض القاصر لانه لا يمكن غير ذلك فجاز مع الشيوع كما في هبة المشاع فيما لا
يحتمل القسمة وكما في صدقة المنفذة وهي التي سلمها الى الفقير وجعلت مملوكة له وكذا لا يمنع الشيوع
كذا في الصدقة الموقوفة وهي التي لم يملكها الموقوف عليه الا انه تصدق عليها بمنفعتها وقال
ابو يوسف يصح وقف المشاع فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها لان القبض عنده ليس بشرط فلم
يكن عنده مفرزا شرطا لصحة الوقف والتحقيق في كون القبض شرطا ام لا مر بيانه عند قوله قال
ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم ثم جعل الارض مسجدا او مقبرة
لا يصح مع الشيوع عند ابي يوسف ايضا وان كان مما يحتمل القسمة بان كان الموضع غير صالح
للصلاة او للدفن بعد القسمة لان المسجد خالص لله تعالى والشيوع ينافي الخلوص الى ترى
الى قوله تعالى وان المساجد لله وانهما لو صحا مع الشركة كان الانتفاع بهما بطريق المهاياة بان
يصلى فيه يوما ويجعل يوما اصطبلا ونحو ذلك او يدفن فيه الموتى سنة اخرى ثم ينبش ويزرع
فيه وهذا في غاية القبح فلهذا قال بامتناع صحتهما مع الشيوع بخلاف وقف المشاع فان الانتفاع به
للموقوف عليه بطريق المهاياة او باستقلاله ثم قسمته عليه ممكن لا قبح فيه قوله لان القسمة من
تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا قسمته يعني ان كون الموقوف مقسوما مفرزا من تمام القبض
على ان المعنى ان القبض يقع في المفرز تاما كاملا وفي غيره يقع قاصرا ثم القبض عند ابي حنيفة
ليس بشرط في صحة الوقف فكذا لا يشترط ما يتم به القبض وهو كونه مقسوما مفرزا قوله لانه يعتبره
بالهبة والصدقة المنفذة يعني يعتبر محمد جواز الوقف مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بجواز
هبة المشاعة والصدقة المنفذة المشاعة وهما جايزتان فكذا هذا لان القبض القاصر
هو قدر الممكن وبغير المنفذة مضى قبل هذا قوله لان المهايات فيهما اي في المسجد والمقبرة
والمهايات في الدار ونحوها مقاسمة المنافع وهي ان يتراضى الشريكان ينتفع هذا
بهذا النصف المفرز وهذا بذلك النصف او هذا بكله مدة من الزمان وذا بكله
في كذا من الزمان بعد الاول قوله ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي
عند محمد ذكره مع ما بعده تفريعا لمسئلة القدوري وانما بطل الوقف في الباقي
بعد الاستحقاق لمقارنة الشيوع القبض لان حق المستحق كان ثابتا في الموقوف

حال الوقف فلما كان الشيوع مقارنا يمنع القبض وهو شرط عند محمد فبطل في الباقي لانتفاء الشرط
بخلاف ما اذا رجع الواهب في نصف الهبة بعد قبض الموهوب له او وهبه في مرض موته او وقف
فيه ثم مات فرد الثلثان الى الورثة حيث لا تبطل الهبة والوقف في الباقي لطريان الشيوع بعد القبض
التام واصله ان حكم هبة المريض حكم الوصية حتى يعتبر خروجها من الثلث وجوازها جواز الهبات حتى
يفيد الملك اذا اقبض وكذلك الصدقة وفي مسئلة رجوع الواهب ورد الثلثين الى الورثة مذكورة في المبسوط
كمسئلة الاستحقاق وهذا اذا استحق جزء شايع اما اذا استحق جزء معين لا تبطل الوقف في الباقي وهذا
بمعنى قولهم وعلى هذا الهبة والصدقة المنفذة اذا استحق جزء معين حيث لا تبطل الهبة والصدقة
في الباقي وهذا معنى قولهم وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة اي المملوكة للفقير (ق) قال ولا يتم الوقف عند
ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار
بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذه مسئلة القدوري وجه قولهما ان التوقيت يبطل الوقف حتى اذا
وقف داره عشرين سنة لا يصح فلما كان التوقيت مبطلا كان التابيد شرطا فما وقف على
وجه ينقطع كان موقتا من حيث المعنى فلا يصح وهذا هو الوجه الصحيح في بيان قولهما اما قول
صاحب الهداية لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق ففيه نظر
على اطلاقه لان حكم الوقف عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة
فكيف يصح زوال الملك مع حبس العين على ملك الواقف فلو كان ملكه زايلا لم يصح في الوقف شرطه
فيما بعد اللهم اذا حكم بعد الحاكم فح يزول لانه مجتهد فيه وجه قول ابي يوسف ان المقصود من الوقف
هو التقرب الى الله تعالى بالتصدق بالمنفعة والتقرب كما يكون بالتصرف الى جهة لا تنقطع يكون
بالصرف الى جهة تنقطع فجاز الوقف على هذا الوجه كما جاز على ذلك الوجه وقيل ان التابيد شرط الى جهة
عند ابي يوسف ايضا لكن التصريح بالتابيد ليس بشرط عنده لان ذكر الوقف ذكر للتابيد لان
الوقف ازالة الملك بدون التمليك فصار كالعتق والعتق تابد فكذا الوقف واشار القدوري
الى هذا بقوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم ونقل الناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل
عن ابي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الى ورثة الواقف
وعليه الفتوى وقال في البرامكة قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى المساكين
فحصل عنه روايتان الى هنا لفظ كتاب الاجناس (ق) وهو موقوف عليه اي التقرب الى الله تعالى موقوف
على جعل الوقف لجهة تنقطع كما هو موقوف على جعله لجهة لا تنقطع يعني يحصل التقرب بهذا الوجه

واذا

واذا كان يحصل بذاك الوجه (ق) مبنية عنده اي من التابيد (ق) قال ويجوز وقف العقار هذا لفظ القدوري وذلك
لان عمر رضي الله عنه وقف ارضا له يقال لها ثمغ وكذا سائر الصحابة ووقفوا العقار يقال ما له دار ولا
عقار اي اصل مال كذا في الجمهرة والمراد هنا الارض مبنية كانت او غير مبنية (ق) ولا يجوز وقف ما
ينقل ويحول هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وقال ابو يوسف اذا وقف ارضا ببقرها
واكرتها وهم عبيده جاز قال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح هكذا ذكر القدوري والمفهوم منه ان
حبس الكراع والسلاح لا يجوز مقصودا عند ابي يوسف لكن قال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الوقف
في عبيد ولا في اماء ولا في شيء سوى العقار والارضين الا ان يكون في الارض فيها بقر او عبيد
فيشترط ذلك في الصدقة بها وفي الانفاق لها فيكون ذلك وقفا معها وقال محمد بن الحسين
لا بأس بحبس الخيل في سبيل الله وكذلك قال ابو يوسف الى هنا لفظ الطحاوي وقد صرح بجواز حبس
الخيل كما ترى وكذلك شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال فاما وقف المنقول مقصودا
اذا كان كراعا او سلاحا وقفهما في سبيل الله فانه يجوز استحسانا عند ابي يوسف ومحمد والى
هذا الخلاف اشار صاحب الهداية بقوله وابو يوسف معه فيه على ما قالوا اي مع محمد في جواز حبس
الكراع والسلاح على ما قال المشايخ واما وقف ما سوى الكراع والسلاح من المنقول مقصودا هل
يصح ام لا قال شيخ الاسلام في مبسوطه لا يصح عند ابي يوسف قياسا اي شيء كان وقال محمد
ما تعارف الناس وقفه من المنقول فانه يجوز استحسانا كالمنشار والفاس والجنازة والمصحف
لقراءة القرآن والقدور والمراجل وما لا يتعارف الناس وقفه لا يجوز كوقف الثياب والحيوان وغيره
من الامتعة وقال الشافعي ان وقف المنقول يصح مقصودا اذا كان المنقول شيئا يمكن الانتفاع به
مع بقاء عينه اي شيء كان واجمعوا انه لا يصح وقف الدراهم والدنانير وجه قول الشافعي القياس على
العقار والكراع والجامع امكان الانتفاع مع بقاء العين بخلاف الدراهم والدنانير فانه لا يجوز
الانتفاع مع بقاء العين ولنا ان التابيد شرط في الوقف لانه لا يصح مع التوقيت والمنقول
لا يتأبد لانه لا يبقى فلا يصح وقفه لانتفاء الشرط وكان القياس على هذا ان لا يجوز وقف الكراع
والسلاح الا انه ترك القياس بالنص وهو ما ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده وغيره ان النبي صلعم
قال لعمر حين شكى من خالد بن الوليد حين منع منه الزكوة فقال ولا تظلموا خالدا فانه حبس
ادرعه وكراعه في سبيل الله ثم النص الوارد في الكراع لا يجعل كالوارد في المصحف ونحوه لان الجهاد
اعظم قربة من قراءة القرآن خارج الصلاة لانه فرض كفاية وهذا تطوع وكذا القربة في الانتفاع

بالمنشار والفاس ونحوهما دون القوبة في الكراع فلم يثبت حكم الكراع فيها دلالة فيبقى الحكم فيها على القياس وقال محمد القياس في جميع المنقولات ذلك الا اني تركت القياس بتعامل الناس فانه يجوز ترك به اى ترك القياس بالتعامل في الاستصناع وفيما لا عرف ولا نص فيه بقي الحكم على اصل القياس وقياس الشافعي على العقار ضعيف لانه قياس ما لا يبقى على ما يبقى قوله وهذا على الارسال اى على جواز الوقف في المنقولات على الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا او غيره ذكر تعاملوا فيه ام لا وهو قول ابي حنيفة اذا وقف ضيعة ببقرها واكرها قال في المجمل ضيعة الرجل عقاره والاكره جمع الاكار وهو الفلاح كالشرب في البيع والبناء في الوقف يعني لا يجوز بيع الشرب مقصودا على ظاهر الرواية ويجوز تبعا للارض وكذا البناء لا يجوز وقفه مقصودا ويجوز تبعا للارض ومحمد معه فيه اى مع ابي يوسف في جواز وقف المنقول تبعا قوله يجوز حبس الكراع والكراع الخيل كذا في ديوان الادب لما بينا من قبل اى من شرط التابيد لان المنقولات لا يتحقق فيها التابيد لعدم بقائه منها قوله عليه الصلاة والسلام واما خالد فقد حبس ادرعا واعراسا في سبيل الله قال البخاري في كتاب الزكوة من الصحيح حدثنا ابو اليمان قال اخبرني شعيب قال اخبرني ابو الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بصدقة فقيل منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبد المطلب فقال النبي صلى الله عليه وسلم ابن جميل الا ان كان فقيرا فاغناه الله ورسوله واما خالد لو انكم تظلمون خالدا فقد احتبس ادرعه واعتده في سبيل الله واما العباس بن عبد المطلب فعم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي عليه صدقة ومثلها معها وفي الحديث فوايد تعرف في شرح الطحاوي ويروى اكراعه اى مكان قوله ادرعه وفي هذا اللفظ نظر اعني في قوله اكراعه لان فعالا لم يسمع جمعه على افعال اما المؤنث فيجوز جمعه على افعل كعقاب واعقب فعلى هذا لو قيل اكرعه لكان له وجه لان كراعا مؤنث قوله ويدخل في حكمه الابل اى في حكم الكراع وكان القياس ان يدخل في حكمها لان الكراع مؤنث سماعي يعني يجوز حبس الابل في سبيل الله لانه يغزى عليها كالخيل قوله والقدوم قال في الجمهرة القدوم التي ينحت بها بالتخفيف الدال لا غير والجمع قدوم قوله والمراجل هي جمع مرجل والمرجل قدر من نحاس كذا في ديوان الادب قال ابن دريد المرجل معروف عربي صحيح قوله وجد التعامل في هذه الاشياء اى في وقف هذه الاشياء المذكورة وهي الفاس والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف قال الولوالجي في فتاواه رجل وقف بقرة على رباط على ان ما يخرج من لبنها

وسمنها

وسمنها يعطي ابناء السبيل جاز ان كان في موضع تعارفوا فيه ذلك المكان العرف كالسقاية قوله وعن نصير بن يحيى قال صاحب التحفة وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه على الى حنيفة وقال في النوازل سئل ابو نصر عن وقف الكتب قال كان محمد بن سلمة لا يجيزه وكان نصير بن يحيى يجيزه وقد وقف كتبه على الفقهاء وكان ابو جعفر يجيز ذلك وبه ناخذ الى هنا لفظ كتاب النوازل ونصير بن يحيى من كبار علماء بلخ مات سنة ثمان وستين ومايتين وكان تلميذ الحسن بن زياد وغيره ومات الحسن سنة ثمان وسبعين ومايتين وابو نصر محمد بن محمد بن سلام مات سنة خمس وثلثماية وابو جعفر الهندواني مات ببخارى سنة ستين وثلثماية وهو ابن اثنتين وستين سنة وكان استاد الفقيه ابي الليث وابو نصر تلميذ محمد بن سلمة ونصير جميعا وهما تلميذا عصام بن يوسف وغيره وعصام تلميذ ابي يوسف القاضي ومات عصام ببلخ سنة خمس عشرة ومايتين ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فيبقى على اصل القياس بيانه ان الوقف لا يجوز في المنقول نصا وقياسا اما الاول فلقوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرائض الله تعالى واما الثاني فلانه لا يتابد فصار كالدراهم والدنانير لكن جاز في الكراع والسلاح بمعارضة نص اخر وهو ما ذكرنا من حديث نص خالد وجاز فيما فيه تعامل بمعارضة دليل الاجماع وهو العرف كالقياس ونحوها ولم يوجد المعارض فيما لا تعامل فيه من ساير المنقولات فبقي الحكم على اصل القياس لانه لا يمكن اثبات الحكم في المنقول الذي ليس فيه نص وعرف قياسا على العقار او الكراع او السلاح ولا دلالة لان المنقول الذي ليس فيه التعامل او نص ليس في معنى العقار ولا في معنى الكراع لان العقار يتابد بخلاف المنقول والكراع آلة الجهاد الذي هو فرض كفاية وقربة بساير المنقولات تطوع فلا يكون في معناه وهذا معنى قوله وهذا لان العقار يتابد والجهاد سنام الدين اى معظم الدين قوله وهذا اشارة الى البناء على اصل القياس وسنام البعير معروف قال في الجمهرة السنم مصدر سنم البعير سنما اذا عظم سنامه ومنه السنام وبعير سنم عظيم وكل شيء سنمته فقد رفعته ومنه اشتقاق اسم تسنيم وهو عين قوله قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب شريكه القسمة فيصح مقاسمته اى قال القدوري في مختصره وانما لم يجز بيعه ولا تمليكه بوجه من الوجوه لان الوقف لما صح زال الملك لا الى مالك عندهما فلا يصح البيع والتمليك بعد زوال

[illegible]

الملك وعند ابي حنيفة وان لم يزل الملك عن الوقف لم يجز تمليكه بوجه من الوجوه لانه قال عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب الا ان ينقاسمه الواقف مع الشريك في وقف المشاع عند ابي يوسف جائزة لان القسمة افراز وتمييز الحقوق والممنوع التمليك لا الافراز غاية ما في الباب ان القسمة فيها معنى المبادلة وهي الغالبة في العقار والعروض والحيوانات للتفاوت بخلاف المكيلات والموزونات والعدديات التي لا تتفاوت فان الافراز هو الغالب لكن في الوقف جعل الغالب معنى الافراز نظرا للوقف نظرا للفقراء لم تعتبر المقاسمة تمليكا ثم فرع صاحب الهداية من مسئلة القدوري فقال انه وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم وهذا التفريع على مسئلة ابي يوسف لان وقف المشاع جائز عنده خاصة يعني اذا كان الارض بين رجلين فوقف احدهما نصيبه فالمقاسم مع الشريك هو الواقف لا القاضي لان له ولاية في الوقف او الوصي بعده اما اذا لم تكن الارض مشتركة بل هو لواحد خاصة فوقف نصفها ثم اراد القسمة فالوجه في ذلك ان يبيع النصف الباقي ثم هو والمشتري يقتسمان او يرفع الامر الى القاضي فيامر انسانا يقاسمه لان القسمة تجري بين الاثنين فلا يتاتى في واحد لانه لا يصلح ان يكون مقاسما ومقاسما فلاجل هذا يبيع الباقي او يرفع الامر الى القاضي وفي الصورة الاولى الواقف مع شريكه مقاسم ومقاسم فلا حاجة الى القاضي ثم ان كان في القسمة فضل دراهم بان يكون احد النصفين اجود من الاخر جعل بازاء الجودة دراهم فان كان الاخذ للدراهم هو الواقف لا يجوز لانه يصير بايعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان شريكه جاز لان الواقف مشتر لا بايع فكانه اشترى بعض نصيب شريكه ووقفه قوله الا ان يكون مشاعا الخ استثناء من قوله لا يجوز بيعه ولا تمليكه لان المقاسمة فيها معنى المبادلة غالب في العقار والبيع مبادلة فصح الاستثناء قوله اما امتناع التمليك فلما بينا اشارة الى ما ذكر في اول كتاب الوقف من قوله عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ويجوز ان يكون اشارة الى قولهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك عن قوله فلا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا قوله انا اعطي الواقف على صيغة المبني للمفعول قوله وان اعطي جاز على صيغة المبني للفاعل قوله فان الواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط اي قال القدوري في مختصره اعلم ان البداءة بعمارة رقبة الوقف واجب من غلة الوقف سواء في ذلك شرط الواقف وعدمه لان المقصود من الوقف تحصيل الثواب دايما بالصدقة الدايمة بالغلة ولا يمكن الصدقة دايما بالغلة بدون العمارة فكانت العمارة مشروطة

اقتضاء ضرورة التصدق دايما ثم الوقف لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون على الفقراء وعلى واجد بعينه ثم بعده الى الفقراء ففي الاول تجب العمارة من الغلة لتعسرهم وعدم تعينهم وفي الثاني من مال الموقوف عليه لانه معين سواء كان من الغلة او من غيرها هذا في حيوته فاذا مات تجب من الغلة ثم العمارة لا تزاد على قدر الوقف وعلى صفته اولا لان الصرف الى العمارة لضرورة ان يكون الوقف باقيا ابدا ولا ضرورة فيما زاد على ذلك ولان صرف الغلة الى الموقوف عليه واجب والزيادة في العمارة ليست بواجبة فلا يجوز ترك الواجب الى غير الواجب بلا رضى مستحق الغلة هذا اذا كان الموقوف عليه معينا اما اذا كان وقفا على الفقراء ففيه اختلاف المشايخ فقيل لا يجوز الزيادة لما قلنا وهو الاصح وقيل يجوز الزيادة بان يكون ثانيا زايدا على الاول قوله لان الخراج بالضمان معناه ان الغلة بسبب ان ضمنت وقد مر بيانه في اول كتاب اللقيط يعني لما كان غلة الوقف للموقوف عليه كانت العمارة عليهم ايضا وان كان الوقف على معين فمن ماله مطلقا وان كان على فقراء فاقرب اموالهم الغلة فيها وجدت ابو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن ابي ذيب عن مخالد ابن خفاف عن عروة عن عايشة رضي الله عنها عن النبي صلعم انه قضى ان الخراج بالضمان قال ابو عبيد معناه والله اعلم الرجل يشتري المملوك فيستعمله ثم يجد به عيبا كان عند البايع انه يرد العبد على البايع بالعيب ويرجع بالثمن فياخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت له الغلة لانه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده الى هنا لفظ ابي عبيد لا يظفر بهم اي بالفقراء والظفر الفوز وانما لا يظفر بهم لانهم لا يحصون قوله واقرب اموالهم هذه الغلة ههنا لانه لا مال للفقير لان الفقير عديم الملك ولكن مال الله غاد ورايح فيمكن ان يحصل لهم مال لكنه ليس بظاهر حصوله واقرب ما يحصل لهم من المال غلة الوقف فيجب فيها اي يجب الابتداء بالعمارة في الغلة قوله ولا يوخذ من الغلة اي لا يوخذ منها حتى والعايد به لئلا يلزم التناقض في كلام المصنف لانه قال ولو كان الوقف على رجل بعينه واخره للفقراء فهي في ماله اي مال شاء في حال حيوته ومن جملة ماله غلة الوقف لانها تصرف له فاذا يجوز ان يقوم الوقف بالغلة كما يجوز بمال اخر فبينا قضى كلامه بالاطلاق في قوله ولا يوخذ من الغلة فلا بد من القيد لارتفاع التناقض قوله فاما الزيادة على ذلك اي على الصفة التي وقفه الواقف بتلك الصفة قوله فليست بمستحقة اي بواجبة للموقوف عليه قوله ولو كان على الفقراء فكذلك اي لا يجوز الزيادة في البناء على الصفة التي وقفه الواقف قوله والاول اصح اي عدم جواز الزيادة في البناء اصح مما قال البعض في جوازها اذا كان الوقف على الفقراء لا على رجل بعينه

قوله وان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لانه هو المنتفع به فكانت المؤنة عليه كالموصى له بخدمة العبد تكون نفقته عليه فما احسن
المثل فيه والخراج من قول فارسها وقال القدوري فيه فان امتنع من ذلك او كان فقيرا اجرها
الحاكم وعمرها باجرتها فاذا عمرها ردها الى من له السكنى وذلك لانه لو لم يعمرها يبطل حق
الواقف وهو التصدق بالمنفعة وحق من له السكنى فاذا عمرت يبقى الحقان جميعا غاية ما في الباب
ان في العمارة تاخير حق من له السكنى وتاخير الحق اولى من ابطاله قوله الاول اولى اي عمارة الحاكم
الدار بالاجرة اولى من ترك العمارة لانه يفضي الى استيصال حق السكنى والاول يقتضي التاخير
واراد بالثاني ترك العمارة الذي دل عليه قوله لو لم يعمرها تفوت السكنى قوله ولا يجبر الممتنع على
العمارة من الموقوف عليهم على العمارة كما في الاجبار عليها الزام الضرر وهو اتلاف ماله بالنفقة
على العمارة فله الامتناع عن الضرر كما اذا اعتقل حق المزارعة وبينا من عليه البذر ثم امتنع
من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لئلا يلزم الضرر وهو اتلاف ماله ثم لا يكون الامتناع رضا
من الممتنع ببطلان الحق لتردد في الدلالة لان امتناعه يحتمل ان يكون لابطال حقه بالنزول
عنه فلما ترددت الدلالة لم يثبت الرضى بالشك وهو معنى قوله لانه في حيز التردد و
الحيز في اللغة الناحية قوله ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك ذكره تفريعا لمسئلة
القدوري قال الاستروشني في فصوله الموقوف عليهم لا يملكون اجارة الوقف قال الفقيه
ابو جعفر ان كان الاجر كله للموقوف عليه بان كان الوقف لا يسترم وغيره لا يشركه في
استحقاق الغلة ثم يجوز وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان الواقف شرط تقديم العشر
والخراج وساير المؤن فليس للموقوف عليه ان يواجرها واما اذا لم يشترط فيجب ان يجوز
ويكون الخراج والمؤنة عليه الى هنا لفظ كتاب الفصول ونقله عن فتاوى ظهير الدين
ثم قال فيه ورايت في موضع اخر ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملكها المتولي او القاضي
ومعنى قول صاحب الهداية لانه غير مالك ان الاجارة تمليك المنافع بعوض والتمليك
انما يتحقق من المالك وههنا من له السكنى ليس بمالك للسكنى وانما ابيحت له منفعة السكنى
ليحصل الثواب للواقف بخلاف المستاجر فانه يجوز له ان يواجر العين المستاجرة اذا لم تكن
تختلف باختلاف المستعمل لانه مالك للمنفعة بدليل ان العين اقيمت مقام المنفعة في
انعقاد العقد وفي الوقف لم تقم العين مقامها فظهر الفرق قوله وما انهدم من بناء الوقف واليه

صرفه

صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها
اعلم ان النقض يصرف الى عمارة الوقف اذا احتاج الوقف الى العمارة والا يحفظ الى وقت الحاجة
اليها فيصرف فيها وذلك لان المقصود من الوقف هو تحصيل الثواب ابدا وهو لا يكون الا بالبقاء
فلا بد من العمارة ح ثم الوقف اذا احتاج اليها صرف النقض اليها والا يمسكها الى ان يحتاج لئلا
يتعذر العمارة وقت الحاجة فيبطل المقصود من الوقف قال القدوري في مختصره ولا يجوز ان
يقسمه بين مستحقي الوقف قال صاحب الهداية يعني النقض وانما لا يجوز للحاكم ان يقسم النقض بين
المستحقين للوقف لانه لا حق لهم في رقبة الوقف وانما حقهم في المنافع والغلة والنقض
جزء من نفس الموقوف وهو حق الله تعالى فلا يجوز للحاكم ان يدفع اليهم حق غيرهم والنقض
بضم النون اسم البناء المنقوض كذا في ديوان الادب يقال [illegible] البناء ومنه [illegible] انما اصله
وابين مستحقي الوقف بلفظ الجمع وقد سقطت النون للاضافة قوله فان جعل الواقف غلة الوقف
لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف هذا لفظ القدوري في مختصره وههنا فصلان
احدهما شرط الغلة لنفسه والثاني شرط الولاية له اما الفصل الاول فنقول قال في الاصل
قال في كتاب الحج لعيسى بن ابان اذا وقف على نفسه لا يجوز في قول محمد بن الحسن وقال ابو يوسف يجوز
ونقل في الاجناس ايضا عن وقف هلال بن يحيى البصري لو قال ارضي صدقة موقوفة على
نفسي كان باطلا وكذلك لو قال صدقة موقوفة على ان غلتها لي ما عشت لا يجوز الوقف
وكذلك لو قال صدقة موقوفة علي وعلى ولدي وولد ولدي ونسلهم فالوقف باطل وقال
الولوالجي في فتاواه ومشايخ بلخ اخذوا بقول ابي يوسف والصدر الشهيد كان يفتي به ايضا
ترغيبا للناس في الوقف وقال في جنسهم ولا يجوز الوقف على نفسه اذ لا يتحد له الا
منع التصرف ثم قال وفيه وجه انه يجوز وجملة القول هنا ما قال شيخ الاسلام في مبسوطه
ومن شرط صحة الوقف عند محمد وهلال الراي ان لا يشترط الواقف لنفسه شيئا ومتى شرط
لنفسه شيئا يبطل الوقف عند محمد وهلال الراي وقال ابو يوسف لا يبطل الوقف متى
شرط لنفسه شيئا فاذا شرط الكل لنفسه ما دام حيا على الفقراء فانه يجب ان يكون على هذا الخلاف
هكذا ذكر الفقيه ابو جعفر الهندواني وكذلك على هذا الخلاف اورد شيخ الاسلام وقال
صاحب الهداية قيل ان الاختلاف بينهما اي بين ابي يوسف ومحمد بناء على الخلاف في
اشتراط القبض والافراز ومحمد لم يصححه لانه يشترط القبض والافراز وقيل بل الاختلا

هذا وقع ابتداء وجه قول محمد القياس على الصدقة المنفذة بيانه انه لو جعل شيئا منها او
الكل لنفسه لا يجوز لعدم الفائدة لانه يملك ملكه من نفسه فكذا في الصدقة الموقوفة الا ترى انه لو
جعل ارضه مسجدا وجعل شيئا من المسجد لنفسه لم يصح فكذا هنا وجه قول ابي يوسف ما روى
زيد بن ثابت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته والمراد به الصدقة
الموقوفة ذكر الحديث شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ثم الوقف لا يخلو من احد الامرين
اما ان يكون بشرط ام لا والثاني لا يحل بالاجماع فتعين الاول فدل على صحة الشرط وعن عمر رضي الله
عنه قال لا جناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف كذا ذكره الترمذي في جامعه قالوا ان عمر
رضي الله عنه كان يتولى امر صدقته حال حياته وانما فوض الى ابنته حفصة ام المؤمنين رضي الله
عنها بعد وفاته فدل قوله فلا جناح الخ ان ما يشترطه الواقف لنفسه صحيح الا ترى انه لو جعل ارضه
خانا لنزول المارة وشرط ان ينزل هو ايضا او جعل سقاية ليشرب منها الناس وشرط ان
يشرب منها او جعل ارضه مقبرة لدفن المسلمين وشرط ان يدفن هو فيها اذا مات صح الوقف
وان اشترط المنفعة لنفسه فكذا فيما نحن فيه تحقيقه ان الملك في العين زال الى الله تعالى وهو
ما يشترط ان يكون الملك له في العين وانما شرط المنفعة حادثة على ملك الله تعالى فجاز شرط ذلك
لنفسه كما يجوز لغيره لانه لا يلزم تمليك ملك نفسه من نفسه كما في الخان والمقبرة والسقاية
لا يقال القياس على الخان ونحوه لا يصح لانه يدخل الواقف فيما دخل في الخان ونحوه بلا شرط وصح الشرط
اولى وفي تمليك الغلة لا يدخل الواقف فيها ولا من غير شرط في المقيس عليه جميعا الا ان في الخان ونحوه
فلبث الشرط عرفا والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط بخلاف تمليك الغلة فانه لا عرف ثمة فاحتيج ذلك
الى الشرط صريحا ليدخل الواقف ثم اذا اشترط الواقف ان يستبدل بارض الوقف ارضا اخرى فهل يجوز
ام لا نقول نقل في الفتاوى الصغرى عن السير الكبير ان استبدال الوقف باطل الا رواية عن
ابي يوسف وقال في الفصل الثالث من كتاب الوقف في خلاصة الفتاوى اذا شرط في اصل
الوقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فيكون وقفا مكانها فالوقف والشرط جائزان
عند ابي يوسف وكذا لو شرط ان يبيعها ويستبدل بثمنها مكانها وعند محمد وهلال الوقف جائز
والشرط باطل ثم قال وفي واقعات فخر الدين قاضي خان قول هلال مع قول ابي يوسف وعليه الفتوى
لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يحتمل الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف
اذا غصبها غاصب واجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا يصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري
بقيمتها ارضا اخرى فتكون الثانية وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها لافة ها

بحيث

بحيث لا يحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بارض
اخرى وقال الناطفي في الاجناس ان شرط في وقفه بالخيار في بيع ذلك الوقف وان يجعل
ثمنها في وقف افضل منه جاز وله بيعه ثم قال ذكره في كتاب الزكوة املاء ابي سليمان الجرجاني ثم
قال وذكر الانصاري في وقفه له الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه
ولا منفعة في الوقف ان ياذن له في بيعها اذا رات النظر لاهل الوقف واذا مات الواقف لم يبعها
لم يجز لمن وليها بعده بيعها ولو اشترط ان يبيعها ويجعل ثمنها للمساكين لم يجز هذا الشرط
قال هذا لفظ وقف الانصاري ثم قال وفي وقف هلال فان باعها واشترى بثمنها ارضا كانت وقفا
وليس له بيع الارض الثانية الا ان يشترط ذلك في اصل الوقف وقال في الفصل الرابع من كتاب
الوقف في خلاصة الفتاوى ذكر الامام السرخسي في السير الكبير مسئلة ثم قال بهذا تبين خطا
من يجوز استبدال الوقف وقال في الخلاصة كان الشيخ ظهير الدين يفتي بجواز الاستبدال ثم
رجع عنه قال الاستروشني في فصوله وذكر في المنتقى عن محمد اذا صار الوقف بحال لا ينتفع
به المساكين فللقاضي ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك الا للقاضي ولو شرط الخيار
لنفسه ففيه اختلاف قال في المبسوط ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام فعلى قول ابي يوسف
الوقف والشرط جائز كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وقال هلال بن يحيى الوقف باطل
وهو قول محمد وقال ابو يوسف بن خالد السمتي البصري الوقف جائز والشرط باطل وقال
في الاجناس وان جعل لنفسه الخيار في ابطال اصل الوقف قال ابو يوسف في نوادره رواية
ابن سماعة الوقف جائز والشرط باطل لان الوقف ازالة ملك لا الى مالك كالاعتاق فلو شرط
الخيار فيه يبطل الشرط ويبقى العتق صحيحا فكذا في الوقف ولان الواقف لو شرط غلة الوقف
لنفسه ما دام حيا صح الوقف والشرط جميعا عند ابي يوسف فكذا اذا شرط الخيار لنفسه
مدة معلومة وعند محمد لا يجوز شرط الغلة لنفسه لانعدام معنى التسليم وهو شرط عنده
وهذا معنى قوله وهذا ابتداء على ما ذكرناه وقال الفقيه ابو الليث في النوازل قد ذكر هلال
بن يحيى هذه المسئلة وقال اذا وقف على انه بالخيار فالوقف باطل سواء بين للخيار وقتا
او لم يبين وروى عن ابي يوسف انه قال ان بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يبين
لم يجز وقد ذكر محمد بن الحسن ان الوقف باطل الى هنا لفظ النوازل واما الفصل الثاني وهو
شرط الولاية لنفسه فقد نص القدوري في مختصره على جوازه عند ابي يوسف قال صاحب
الهداية وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب ونقل الناطفي في الاجناس عن وقف
هلال اذا جعل ارضه صدقة موقوفة لله ابدا ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالولاية



للواقف اشترط ذلك او لم يشترط ثم قال الناطفي قال محمد في السير الكبير لا ولاية له لنفسه الا
ان يشترط لنفسه الى هنا لفظ كتاب الناطفي وجه قول محمد ان التسليم الى القيم شرط صحة الوقف
فبعد التسليم اليه لا يبقى له ولاية الا بالشرط ووجه قول ابي يوسف ان الولاية للمتولي في الوقف
يثبت بشرط الواقف فمحال ان لا يثبت للواقف الولاية وولاية غيره مستفادة منه وقال في
الاجناس عن وقف هلال البصري فان شرط الواقف الولاية لنفسه في الوقف فان ليس
للسلطان ولا للقاضي ان يدخل عليه في ذلك غيره والواقف غير مامون فالشرط باطل وينزع
منه القاضي ويوليها غيره الى هنا لفظه وذلك لان هذا الشرط مع ان الواقف لا يؤمن على الوقف
خلاف الشرع فلا يلتفت اليه هلال وهو هلال الراي وهو هلال بن يحيى البصري وهو من اصحاب
ابي يوسف بن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة ووصية ابي حنيفة له
مشهورة يجب حفظها لكل فقيه واضيف هلال الى الراي لكونه من اصحاب الراي والنظر
قال صاحب المغرب والرازي تصحيف وقيل ان هلالا هذا اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر ايضا
والانصاري الذي مر ذكره انما هو محمد بن عبد الله البصري من اصحاب زفر كذا قال الناطفي
في الاجناس قوله لان اشتراطه لهم في حياته اي للمدبرين وامهات الاولاد وذكر الضمير بالتذكير
تغليبا للذكور على الاناث وانما كان اشتراطه لهم كاشتراطه لنفسه لان ملكه فيهم باق ما دام
حيا اذا لم يوجد الاعتاق ابتداء قوله وشرط بعض بقعة المسجد بخطه الطا عطفا على قوله في
الصدقة قوله لان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه اشارة الى
ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا ينقطع ابدا لهما ان
موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله لابي يوسف ان المقصود هو التقرب فعلم
من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة قوله ولو شرط الواقف الخ
بيانه انه قوله قال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد اي الذي ذكر هلال في وقفه وهو ان
تكون الولاية للواقف اذا شرطوا الا فلا فان قلت مذهب محمد ان التسليم الى المتولي شرط وشرط
الولاية لنفسه ينافي التسليم فما وجهه قلت لا نسلم المنافاة لان شرط الولاية سابق و
التسليم لاحق فبعد ذلك هل تكون له الولاية ام لا فقال اذا وجد الشرط اولا كان له الولاية والا
فلا قوله لان الواقف شرط الولاية لنفسه وكان الواقف غير مامون بيانه فصل قوله
واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه
فاذا صلى فيه واحد زال عن ملكه عند ابي حنيفة هذا لفظ القدوري في مختصره وقال في شرح
الطحاوي ولو جعل داره مسجدا جاز بالاجماع ولا يجوز بيعها وانما يجوز اذا سلمه والتسليم

ان

ان يصلي فيه بجماعة باذان واقامة باذنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
اذا قال جعلت داري مسجدا يكفي وقيد القدوري بافراز لان المسجد مع التشريع لا يكون
خالصا لله تعالى واشتراط الصلاة لان التسليم شرط عندهما خلافا لابي يوسف لكن تسليم
المسجد بالصلاة فيه كالخان تسليمه بالنزول والمقبرة تسليمها بالدفن والسقاية تسليمها
بالشرب منها فيعتبر التسليم والقبض في كل شيء على ما يليق به وابو يوسف لا يشترط التسليم
لانه اسقاط الملك كالاعتاق فيتم بالقبض اعلم ان التسليم الى المتولي شرط لصحة الوقف لنونه
عند محمد فيعتد التسليم اليه قبضا في الاوقاف كلها لان المتولي نايب عن الموقوف عليهم في القبض
كما هو نايب عن الواقف في صرف الغلة كالعدل نايب عن المرتهن في القبض وعن الراهن في
الحفظ فاذا كان المتولي نايبا عن الموقوف عليهم صار قبضه كقبضهم فان لم يوجد قبض
المتولي ولكن وجد قبض الموقوف عليهم كان كافيا لان قبض النايب اذا كان كافيا كان قبض
المنوب اولى ان يكون كافيا وهذا كما في الخان للمارة اذا نزل فيه واحد او اثنان وكما في
المقبرة اذا دفن فيها واحد او اثنان وكما في السقاية اذا شرب منها واحد او اثنان كان كافيا
ثم نزول الواحد او الاثنين كاف لان القبض من جميع الجنس متعذر ثم نزول الخان ودفن
المقبرة وشرب السقاية الغني والفقير سواء للعرف لان من اتخذ هذه الاشياء لا يخص الفقير بها
بجعلها للصنفين والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط بخلاف ما اذا وقف ارضه ليصرف غلته
الى المحتاج والغزاة حيث يراد به الفقير للعرف الا اذا نص على الغني فهنا في سايرها لا وما ف
اما في المسجد فصلاة الجماعة فيه قبض باتفاق الروايات عن ابي حنيفة ومحمد لان بناء المسجد
للصلاة بالجماعة فاذا وجد ذلك فقد وجد قبض من جعل المسجد له فصح اما اذا صلى فيه واحد او
جماعة وحدانا فهل يكون قبضا ام لا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه عن ابي حنيفة
روايتان في رواية يكون قبضا وفي رواية لا يكون قبضا وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
وان صلى فيه واحد من المسلمين صح التسليم عند محمد ايضا وقال في الذخيرة وعن محمد انه يشترط
الصلاة بالجماعة فحصل عن محمد روايتان ايضا وجه رواية القبض الاعتبار بالخان ودفن المقبرة
فيها الواحد والجماعة سواء فكذا هنا ووجه رواية لا يكون قبضا لان المسجد بناه للصلاة
بالجماعة لان الصلاة وحدانا يقام في غير المسجد والذي يختص بالمسجد هو الصلاة بالجماعة
فاذا وجد ذلك لا يعتبر قبضا هذا اذا صلى فيه اما اذا لم يصل فيه لكنه دفع الى المتولي فهل
يكون ذلك قبضا على قولهما فيه اختلاف ذكره شيخ الاسلام قيل بانه لا يكون قبضا لان المساجد

ولا يكون لها متول كما يكون لسائر الاوقاف فلا يكون الدفع الى المتولي قبضا وقيل بان
الدفع اليه قبض لان المسجد له خادم يكنس ويغلق الباب والتسليم اليه قبض كما في ساير
الاوقاف واختلف المشايخ فيما اذا جعل ارضه مقبرة ودفعها الى المتولي ولم يذكره محمد في المبسوط
فقال بعضهم انه قبض كما في الخان والسقاية وقال بعضهم ليس بقبض لان المقبرة لا يكون لها متول
وانما ذكر محمد في المقبرة انه اذا دفن بها واحد او اثنان فانه يصير قبضا قوله وصار كالاعتاق وقد
بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ويلزم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد بقوله لهما انه موجب الوقف
زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق قوله ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه
بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه وهذا
ظاهر الرواية وهو من خواص الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في كتاب الصلاة من شرحه
للجامع الصغير روى عن ابي يوسف انه قال يجوز ويصير مسجدا في الوجهين يعني فيما اذا كان
تحته سرداب او فوقه بيت ثم قال وروى الحسن بن زياد انه قال وان كان الاسفل مسجدا
واعلاه بيتا يجوز وان كان الاعلى مسجدا واسفله بيتا لا يجوز قال الصدر الشهيد عن ابي يوسف
انه جاز ان يكون الاسفل مسجدا والاعلى ملكا لان الاسفل اصل ولم يجز عكس هذا وقال
فخر الاسلام في شرحه للجامع الصغير وعن محمد انه حين دخل الري جاز ذلك كله للضرورة
يعني لضيق المكان ووجه الظاهر ان المسجد خالص لله تعالى بدليل اضافته اليه في قوله وان
المساجد لله فاذا كان تحته سرداب او فوقه بيت لا يكون خالصا لله تعالى بدليل اضافته
اليه في قوله تعالى وانما يكون خالصا لله اذا كان ما فوقه وما تحته لله تعالى فاذا لم يكن خالصا
لله تعالى لم يجز على ذلك الوجه وكان لمن اتخذه مسجدا بيعه واذا مات يورث عنه يؤيده ما
روى ابو هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلعم قال قال الله تعالى انا اغنى الشركاء عن
الشرك فمن عمل لي عملا اشرك فيه غيري فانا منه بريء ولان اتخاذ المسجد عرف بالشريعة
وفي الشريعة لم يكن المسجد الا فوقه وتحته لله تعالى الا ترى الى مسجد رسول الله صلعم الذي
بناه بالمدينة والى المسجد الذي بناه ابرهيم عليه الصلاة والسلام بمكة والى بيت المقدس الذي
بناه داود والنبي صلعم بالرخام والمرمر وجعل عليه قبة من ياقوت احمر وجعل فوق ذلك
جوهرا يضيء فراسخ يغزل بضوءه النساء في ظلم الليالي فكل مسجد كذلك بان لا يكون خالصا لله
تعالى لم يجز واورد الفقيه ابو الليث السمرقندي ره في هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل
المسجد بيت المقدس تحته مجتمع الما والناس ينتفعون به قيل اذا كان تحته شيء ينتفع

به ينتفع المسلمين يجوز لانه اذا انتفع به عامة المسلمين يعتبر ذلك لله تعالى ايضا واما الذي
اتخذه بيتا لنفسه لم يكن خالصا لله تعالى ثم قال فان قيل لو جعل تحته حانوتا وجعله وقفا على المسجد
قيل لا يستحب ذلك ولكنه لو جعل في الابتداء هكذا صار مسجدا وما تحته صار وقفا عليه ويجوز
المسجد والوقف الذي تحته ولو انه بنى المسجد اولا ثم اراد ان يجعل تحته حانوتا للمسجد فهو مردود باطل وينبغي
ان يرد الى حاله الاول الى هنا لفظ الفقيه والسرداب بكسر السين كذا في ديوان الادب وهو بيت تحت
الارض للتبرد معرب قوله قلنا اي من الضرورة قوله وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس
بالدخول فيه وهذا من مسائل الجامع الصغير عطف على قوله ومن جعل مسجدا تحته سرداب يعني له ان يبيعه
كذلك له ان يبيعه في هذه الصورة وان مات يورث عنه وذلك لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى
وهذا ليس بخالص له لانه لم يحوزه الا ترى انه نفى طريق المسجد ملكا لنفسه كما يكون قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ولو انه عزله عن داره وجعل له طريقا على حدة فهو صار مسجدا
ولا يجوز بيعه ولا يصير ميراثا لانه قد خرج عن ملكه وعن محمد انه لا يباع ولا يورث وان لم يجعل له
طريقا وهو مذكور في المتن قوله ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث
عنه وهذه من مسائل الجامع الصغير وذلك لانه لما صار خالصا لله تعالى لم يجز بيعه و
ارثه لكن هذا اذا سلم الى المتولي او صلى فيه بجماعة اما اذا لم يصل فيه بجماعة ولم يوجد التسليم
لم يصح الوقف لان التسليم او الصلاة شرط عند ابي حنيفة ومحمد وفي الصلاة وحدها اختلاف الرواية وقد
مضى قبل هذا قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف ذكر هذه المسئلة
تفريعا لمسئلة الجامع الصغير قال ابو العباس الناطفي في الاجناس قال محمد في نوادر هشام اذا خرب المسجد
حتى لا يصلى فيه فالذي بناه ان شاء ادخله داره وان شاء باعه وكذلك الفرس اذا جعله حبيسا
في سبيل الله فصار لا يستطاع ان يركب فانه يباع ويصير ثمنها لصاحبها او لورثته فان لم يكن
للمسجد باعه فخرب وبنى اهل المسجد مسجدا اخر ثم اجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في المسجد الاخر
فلا باس به ذكره ثم نقل الناطفي عن كتاب الصلاة املاء مسجد باد اهله وعطل الصلاة فيه
لا احب ان يهدمه ولا يتخذه منزلا ولا يبيعه ذكر قال الناطفي هذا على قول ابي يوسف ثم قال و
قال في السير الكبير ان خربت القرية التي فيها المسجد وجعلت مزارع وخرب المسجد ولا يصلي فيه احد
لا باس بان يأخذه صاحبه ويبيعه لمن يجعله مزارعة او يأخذ غلته فيأكله او يجعله مزرعة
الى هنا لفظ رواية الاجناس وجه قول محمد انه لو اخرجه عن ملكه لجهة من المنافع فاذا بطل
الانتفاع بتلك الجهة عاد الى ملكه كالكفن اذا اكل السبع الميت وهدي الاحصار اذا زال

وكقنديل المسجد وحصيره وحشيشه اذا خرب المسجد وجه قول ابي يوسف الا لجهة ما بطلت لان
المسجد ليس لاهل المحلة خاصة بل للعامة فاذا كان كذلك يمكن ان يعاد فيه العمارة ويحتمل
مارة الطريق وان لم يوجد المصلين كونه حول المسجد يؤيده ان الكعبة كانت عليها اصنام
زمان الفترة وكانت تعطلت عن الطاعة فلم يخرج بذلك عن ان تكون موضعا للطاعة فكذلك
سائر المساجد اما الكفن فانه نزع من الاجنبي لحاجة الميت فاذا وقع الاستغناء عنه عاد
الى ملك المتبرع ولهذا بازالة الملك كالعارية حال الحيوة عاد الى المعير بعد استيفاء المستعير
واما القناديل والحصير والبواري فقال في خلاصة الفتاوى وغيرها والصحيح من مذهب
ابي يوسف انها لا تعود الى ملك متخذها بل تحول الى مسجد اخر او يبيعها قيم المسجد لاجل المسجد
وقيل هذه المسائل بناء على ان اقامة الصلاة في المسجد ليست بشرط لصيرورته مسجدا عند
ابي يوسف في الابتداء فلا تكون شرطا لبقائه وعند محمد شرط في الابتداء فكانت شرطا للبقاء
قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم
يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة وهذه من مسائل مختصر القدوري اعلم ان في
اعتاق الخان والسقاية او الرباط او المقبرة حكم الحاكم شرط لزوال الملك عند ابي حنيفة وفي
المسجد ليس بشرط بل الشرط ان يفرزه ويصلي فيه الى غير ذلك وفي صلاة الواحد اختلاف الرواية وقد
استخبناه والوقف ان حق الواقف لا ينقطع في الاشياء المذكورة الا ترى ان له النزول في الخان
والرباط والشرب من السقاية والدفن في المقبرة فاذا كان كذلك احتيج الى حكم الحاكم والا
الى ما بعد الموت كما في سائر الاوقاف عنده واما المسجد فقد انقطع حقه عنه بمجرد الافراز وصلاة
الناس فيه لانه صار خالصا لله تعالى فلم يحتج الى الحكم وعند ابي يوسف يزول الملك بمجرد
القول كما هو مذهبه في سائر الاوقاف لانه لا يشترط وعند محمد لا بد من التسليم ولكن في كل
باب يعتبر بما يليق به ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى وفي الرباط بالنزول وفي السقاية
بشرب الناس وفي المقبرة بالدفن ويكتفي اذا وجد هذه الاشياء من واحد لتعذر اجتماع جميع
الناس ولو سلمها الى المتولي صح واذا سلم المسجد او المقبرة الى المتولي فهل يكون ذلك تسليما لا
فيه اختلاف المشايخ وقد حققنا جميع ذلك في اول الفصل ولو ذلك بما ذكرناه اي التسليم يحصل
بالاستفاد السكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة ولو جعل
دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين او جعل داره في غير مكة للمساكين او
جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة او للمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله

لله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا وهذا اشارة الى قوله
وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى فاذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله و
انقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق وقد ذكر صاحب الهداية هذه المسائل تفريعا لما ذكره من
مسئلة القدوري ثم فرق بين جعل غلة الارض للغزاة حيث تكون للفقراء منهم ولا تكون
للاغنياء الا بالتنصيص وبين جعل الدار سكنى للغزاة او للحاج ونحو ذلك من الخان او
الرباط والسقاية والمقبرة حيث يستوي الفريقان في ذلك لجريان العرف كذلك ولان
الحاجة ماسة في هذه الاشياء لكل احد فاستوى الغني والفقير والغلة لا يحتاج اليها
الغني لغناه فاختصت بالفقير والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كسامر في قوله تعالى سامرا
تهجرون والثغر موضع المخافة بين العدو والمسلمين كذا في الجمهرة ويقال رابط
مرابطة ورباطا اذا اقام في الثغر هذا اخر شرح كتاب الوقف من كتاب الهداية من
شرحنا المسمى بغاية البيان ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى كتاب البيوع

تم الجزء الخامس بحمد الله تعالى التام وحسن الاختتام
بمنه واحسانه وجوده وامتنانه وبره
واحسانه وصلى الله على سيدنا
محمد وعلى آله وصحبه وسلم
تسليما كثيرا
دائما
ابدا
آمين